Dec 40 d Elvers

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Praktische Arbeiten.

Zur Förderung

wissenschaftlicher Ausbildung

des gemeinen Rechts

mitgetheilt

von

Dr. Christian Friederich Elvers,

ordentlichem Professor der Rechte und Mitglied des Spruch-Collegiums der Universität Rostock.

Rostock, 1836.

Gedruckt und verlegt von Adler's Erben.

In Commission der Schmidtchenschen Buchhandlung.

23. D.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Den

Herren

Dr. C. J. A. Mittermaier,

ordentlichem Professor der Rechte an der Universität Heidelberg, Ordinarius im SpruchCollegium, Grossherzoglich Badischem Geh. Rathe, Comthur des Zähringer LöwenOrdens, etc. etc.,

Dr. N. Falck,

ordentlichem Professor der Rechte an der Universisät Kiel, Ordinarius im SpruchCollegium, Königlich Dänischem EtatsRathe, Ritter des DannebrogOrdens, etc. etc.,

Dr. F. Kämmerer,

ordentlichem Professor der Rechte an der Universität Rostock, Ordinarius im SpruchCollegium, etc. etc..

Indem ich Ihnen, meinen hochverehrten Freunden, diese Sammlung praktischer Arbeiten zu widmen mir erlaube, veranlasst mich der Umstand, dass ich zu den Ordinarien dreier SpruchCollegien Deutscher Universitäten rede, und dass ich selbst nunmehr bald vierzehn Jahre Mitglied eines SpruchCollegiums gewesen bin, auch die vorliegenden Arbeiten zum grossen Theile Namens eines solchen ausgearbeitet habe, an Sie einige Worte über die in neuerer Zeit so vielfach verkannte Bedeutung unserer Deutschen SpruchCollegien öffentlich zu richten.

Den Kennern des Römischen Rechtes ist es zur Genüge bewusst, dass dasselbe seine fast wunderbare Frische und Lebensfülle, so wie seine wissenschaftliche Beherrschung der feinsten Einzelheiten des praktischen Rechtslebens und eben daher die vollständige Durchbildung seiner Theorien dem Umstande verdankt, dass die gelehrten Römischen Juristen der Praxis nicht entfremdet, sondern durch ihre Gutachten, und Rechtssprüche im ununterbrochenen Zusammenhange mit einer

reichen Rechtswelt erhalten wurden, in der sie ihren tüchtigen praktischen Sinn stärken und bewähren, und vor den Einseitigkeiten einer todten und abstracten Stubengelehrsamkeit sich sichern konnten. —

Dieselbe praktische Stellung im wirklichen Leben gab auch unsern gelehrten Juristen der neuern Romanisch-Germanischen Welt ihre oft mit Unrecht verkannte Tüchtigkeit, und führte die weise Vermittlung zwischen Römischem und Deutschem Rechte herbei, welche den wunderbaren Organismus unsers heutigen gemeinen und particularen Rechts überall bildet, wo nicht durch eine kurzsichtige Gesetzgebung dieser in neuern Zeiten gestört worden ist. — Insbesondere verdankt aber Deutschland der Stellung seiner gelehrten Juristen in den SpruchCollegien der Juristenfacultäten die nationale Seite, so wie die praktische Anwendbarkeit des gemeinen Rechtes in der weitern Entwicklung desselben besonders im 17ten und 18ten Jahrhunderte; und wie vorzüglich seit dem Ende des 18ten und dem Anfange des 19ten Jahrhunderts abstracte RechtsPhilosopheme die seitherige positive Grundlage alles geltenden Rechtes auch bei uns zu erschüttern, und unsere Juristen in das täuschende Gebiet leerer Speculationen

hinabzuziehen drohten, da war es ihre Stellung in den SpruchCollegien, welche ihnen den nüchternen, das wirkliche Leben und seine Bedürfnisse erkennenden Sinn erhielt oder wiedergab, und welche den Ergebnissen einer, das vorhandene positive Recht und seinen Römischen und Germanischen Ursprung ehrenden geschichtlichen Rechtsforschung ihren praktischen Werth sicherte. Ward gleich die Bedeutung der SpruchCollegien dadurch nicht wenig geschmälert, dass hauptsächlich in Folge moderner abstracten Theorien von der Selbstständigkeit der einzelnen Deutschen Staaten und ihrer Gerichtsverfassungen, so wie in Folge der Losreissung von dem Gesammtleben Deutscher Rechtsbildung durch eigne Gesetzbücher, die Actenversendungen an auswärtige Rechtsgelehrten in manchen Staaten gänzlich abgeschafft wurden; so kam doch selbst diesen sich absondernden Staaten, wie z. B. *Preussen*, das besonders in den kleinern Staaten fortdauernde Institut der Actenversendung an Deutsche Universitäten in so fern noch wesentlich zu Statten, dass auch ihre UniversitätsGelehrten dadurch mit dem wirklichen Leben und mit dem, die unversiegbaren Quellen wahrer Rechtswissenschaft allein enthaltenden gemeinen Rechte zum wesentlichen

Nutzen der auch durch diese Gelehrten so bedeutend geförderten Deutschen Rechtswissenschaft in Verbindung erhalten wurden.

Wer durch besonnene Erwägung der Verhältnisse, und durch eigne Erfahrungen diesen grossen Werth der praktischen Thätigkeit unserer gelehrten Juristen in den SpruchCollegien zu würdigen weiss, wird es nun aber mit uns gar sehr bedauern, wenn durch den neusten BundestagsBeschluss die Actenversendung an Deutsche Juristenfacultäten in allen CriminalSachen gänzlich aufgehoben worden ist. Was soll, fragen wir besorgt, aus unserer, in der schönsten Entfaltung begriffenen Deutschen CriminalRechtswissenschaft, bei allen ihren noch vorhandenen Mängeln doch immer einer der grössten Zierden Deutschlands und einem der Hauptpfeiler seiner bürgerlichen Wohlfahrt, werden, wenn ihren Vertretern der Zugang zum wirklichen Leben, die selbstständige Theilnahme an allen wichtigen Verhandlungen desselben abgeschnitten wird? Was soll aus Lehrern und Schülern werden, wenn die hier vor allen so lockende Speculation nicht mehr in der praktischen Thätigkeit der Erstern ein Gegengewicht findet, wenn in Schriften und Vorträgen immer mehr dürre Knochengerippe

und leere Traumbilder statt kräftiger Lebensgestalten hervortreten werden? Wer, der das Deutsche Strafrecht nur einiger Maassen kennt, wird glauben, dass dasselbe ohne die Theilnahme seiner Lehrer und wissenschaftlichen Vertreter an der wirklichen CriminalRechtspflege in der so hoffnungsreich begonnenen tüchtigen Weise sich weiter fortentwickeln, ja vor dem tiefsten Verderben und völligen Absterben sichern kann? Ich wenigstens gestehe, dass ich nur in einer baldigen Aufhebung jener Maassregel und in einer neuen und wo möglich ganz Deutschland umfassenden Feststellung des praktischen Einflusses der Deutschen Juristenfacultäten auf die StrafRechtspflege die Errettung unserer ganzen CriminalRechtswissenschaft vor der Gefahr des völligen Unterganges und tiefsten Verderbens zu erblicken vermag, und Sie, meine hochverehrten Freunde, welche Sie grade um die CriminalRechtswissenschaft und deren Vortrag so besondere Verdienste sich erworben haben, werden hierin mit mir gewiss völlig übereinstimmen.

Von jenem bundesrechtlichen, hoffentlich nur provisorisch geltenden Grundsatze, dass die CriminalSachen nicht mehr an die Juristenfacultäten gehen sollen, findet aber in Deutsch-

land Eine Ausnahme noch statt, und zwar zu Gunsten unserer *Rostocker* Juristenfacultät. Da dieselbe nämlich bereits früher, als auch im hiesigen Lande (mit Ausnahme der Stadt *Rostock*) die Versendung an auswärtige Juristenfacultäten in CriminalSachen aufgehoben ward, als eine der vier Landes-Spruchbehörden für die CriminalSachen landesgesetzlich constituirt wurde, so lag in dieser besondern Stellung unserer Facultät der Grund, warum wir von jenem Bundestagsbeschlusse nicht ergriffen wurden, und wir demnach jetzt wahrscheinlich die einzige Deutsche Facultät sind, welche noch an der CriminalRechtspflege unmittelbaren Antheil nimmt. Geht nun gleich aus dem oben Gesagten hervor, wie sehr ich diesen Vorzug im Allgemeinen anzuerkennen geneigt bin, so muss ich doch zur Verhütung von Missverständnissen mich hier gegen die Annahme erklären, dass ich grade diese unsere jetzige Stellung in jeder Hinsicht als empfehlens- und nachahmungswürdig anpreisen möchte. Wohl ist es, wie bemerkt, höchst wünschenswerth, ja nothwendig, dass eine Juristenfacultät als Spruch-Collegium an der praktischen Entscheidung von Civil- und CriminalSachen unmittelbaren Antheil nehme. Allein eine Facultät darf nicht den gewöhn-

lichen JustizCollegien gleich gesetzt seyn, wie diess noch zur Zeit in Betreff der CriminalSachen bei uns der Fall ist, so dass sie ihre Hauptthätigkeit, statt auf die Rechtswissenschaft und ihre würdige Vertretung, auf Acten-Arbeiten verwenden muss. Als Professoren sind wir zunächst Lehrer und Vertreter unserer Wissenschaft, sollen als solche unsern Schülern nicht eine todte Masse von trocknen Einzelheiten ohne Lust und Liebe vortragen, die, mit gleichem Widerwillen aufgefasst, allenfalls auswendig gelernt durch die gewöhnlichen Staatsprüfungen hindurch helfen, aber die Zuhörer weder jetzt zu tüchtigen Studirenden, noch dereinst zu tüchtigen Richtern, Beamten und Anwälden bilden kann. Das wissenschaftliche Leben im Lehrer vermag allein auch ein gleiches im Zuhörer anzuregen und zu erzeugen, wodurch dieser die für seinen künftigen Beruf wünschenswerthe wahre Tüchtigkeit sich nur erwerben, und vor den mancherlei sittlichen und politischen Abwegen bewahrt werden kann, auf denen leider so manche schönen Hoffnungen des Landes und der Familien zu Grunde gehen. Unmöglich kann aber von einem Gelehrten, der den grössten und besten Theil seiner Kraft und Zeit auf Acten-Arbeiten wenden muss, diejenige Frei-

heit und Energie des Geistes erwartet werden, welche wissenschaftliche Studien und belebende Vorträge verlangen; vollends wenn jene Arbeiten, wie leider bei der überwiegenden Masse von CriminalSachen bei uns nicht hat möglich gemacht werden können, nicht nach Fächern vertheilt werden, sondern wenn z. B. der Civilist und Canonist den grössten Theil seiner Zeit auf die, seinem eigentlichen FachStudium fremden CriminalSachen verwenden muss. Da nun alle praktischen Arbeiten einer Facultät sich durch ihre wissenschaftliche Tiefe und sorgfältige Erwägung und Begründung auszeichnen müssen, so wird durch jene mangelhafte Vertheilungsart der einzelne Referent auch immer wieder in fremde Fächer mit seinen wissenschaftlichen VorStudien geführt, was freilich seine Vortheile, allein auch seine grossen Nachtheile hat, da Einer nicht Alles kann, und durch die für ein fremdes Fach gewonnene Liebe gar leicht die für das eigne erforderliche geschmälert wird.

Diese Lage, worin wir Rostocker Facultisten uns zur Zeit noch befinden, die aber hoffentlich bald eine zweck- und zeitgemässe Abänderung erfahren wird, möge mich bei Ihnen, meinen hochverehrten Freunden, und bei so manchen andern theilnehmenden Gön-

nern und Freunden der Nähe und Ferne entschuldigen, wenn ich gegenwärtig, statt mancher verheissenen grössern civilistischen und canonistischen Darstellung, nur eine Sammlung praktischer Arbeiten darzubringen vermag, und wenn unter diesen eine grössere Mannigfaltigkeit sich findet, als die Einheit des FachStudiums sonst wünschenswerth erscheinen lässt. Doch mag eben diese Mannigfaltigkeit des Inhalts der Sammlung als solcher vielleicht einen eigenthümlichen Werth geben. Auch hoffe ich, dass diese Arbeiten wirklich die wissenschaftliche Ausbildung des gemeinen Rechtes mehr oder minder zu fördern im Stande seyen, zumal ich im Ganzen nur solche ausgewählt habe, welche auf die eine oder andere Lehre ein neues Licht zu werfen scheinen.

Insbesondere bedürfen aber die drei letzten Abhandlungen, welche einer und derselben praktischen Arbeit angehören, noch eines entschuldigenden Vor- und Fürwortes. Dass sie dem *CriminalRecht* angehören, hat, wie bemerkt, in unserer FacultätsVerfassung ihre Veranlassung, obschon ich in der betreffenden Sache nicht Referent war, sondern nur die Ausarbeitung der Entscheidungsgründe übernahm. Dass ich die ausführlichen Mittheilungen aus neuern psychologischen Schriften auch in die gedruckte

Sammlung mitaufnahm, hatte darin seinen Grund, dass ich mir diese als ein Buch zunächst für praktische Juristen denke, denen Fälle der Art, worin die Grenzlinie zwischen Mord und Todschlag zweifelhaft ist, nicht selten vorkommen, die alsdann ebenfalls Belehrungen über das Wesen der hier einschlagenden Affecten und Leidenschaften suchen müssen, und denen mit blossen Citaten psychologischer Schriften, von denen die Wenigsten sich in ihrem Besitze zu befinden pflegen, nicht viel gedient seyn möchte, während sie so die Hauptstellen beisammen finden, und sich daraus selbst belehren können. — Die genauere Kritik, welche den Darstellungen unserer neuern Criminalisten in Betreff der Lehren vom Morde und Todschlage geworden ist, mag durch die grosse praktische Wichtigkeit dieser Lehren und durch ihre eigenthümlichen theoretischen Schwierigkeiten, so wie durch die mangelnde Übereinstimmung in den Ansichten der Neuern entschuldigt werden. — Die ausführliche detaillirte Entwicklung des durch den Kaufmann *Kühn* verübten Mordes schien mir bei der eigenthümlichen Beschaffenheit und bei der Wichtigkeit dieses Falles unvermeidlich. Eine öffentliche Mittheilung dieses speciellern Theiles der Arbeit ward aber theils

durch die Mittheilung der vorhergehenden allgemeinern Untersuchungen, theils durch den Wunsch, den Werth psychologischer Behandlung im CriminalRecht, welchen besonders *Feuerbach* in seinen meisterhaften aktenmässigen Darstellungen überzeugend nachgewiesen hat, und der in Fällen vorliegender Art nicht in Frage gestellt werden kann, an einem einzelnen Beispiele weiter zu veranschaulichen. Da übrigens die HauptThatsachen in diesem Falle sämmtlich erwiesen sind, und es sich nur um die die wissenschaftliche Würdigung derselben handelte, so konnte es keinem Bedenken unterliegen, diese Arbeit schon jetzt mitzutheilen, nachdem das von unserer Facultät gesprochene Todesurtheil publicirt worden, ungeachtet der Weg weiterer Defensionen dem Inquisiten noch offen geblieben ist.

Freuen würde es mich, wenn nach Ihrem Urtheile, meine hochverehrten Freunde, diese praktischen Arbeiten als ein nicht ganz unwerthes Zeugniss des wissenschaftlichen Lebens und gründlichen Forschens bei uns Deutschen Facultisten angesehen werden dürften, und wenn dieselben insbesondere auch für die Fortbildung der *praktischen Rechtswissenschaft* Deutschlands, das ist, unserer Rechtswissenschaft, in sofern sie aus der Fülle des praktischen Lebens

schöpft und durch diese in ihrer innern Entwicklung gefördert wird, nicht ohne Nutzen wären, und in dieser Beziehung an meine frühern Bestrebungen durch Herausgabe der *Themis, Zeitschrift für praktische Rechtswissenschaft*, und der *allgemeinen juristischen Zeitung*, welche beide Ihrer regen Theilnahme so viel verdanken, sich nicht unpassend anschlössen.

Mögen denn Sie, verehrte Freunde und Gönner, die Sie für die theoretische Seite unserer Wissenschaft durch Vorträge und Schriften so Ausgezeichnetes leisten, noch lange fortfahren, auch für deren praktische Seite als Ordinarien und Mitglieder Ihrer Spruch-Collegien zur Ehre und zum Segen dieses herrlichen Institutes unserer gemeinsamen Deutschen Rechtsverfassung zu wirken! Mit diesem Wunsche verharre ich in liebevoller Verehrung

Ihr

Rostock,
den 5. Octbr. 1836.

treuverbundener

Christian Friederich Elvers.

Inhaltsverzeichniss.

I. Über die Erkennbarkeit des Unterschiedes zwischen einer Schenkung von Todeswegen und einer Schenkung unter Lebenden in einem gegebenen Fall. Ein PrivatGutachten . . . S. 1 — 32.

II. 1. Ist der Miterbe, dem eine speciell verpfändete Sache zugetheilt worden, verpflichtet, die desfallsige Erbschaftsschuld ganz zu übernehmen?

2. Succedirt der Fiscus Jure hereditario in die Bona vacantia?

Zwei durch Einen Rechtsfall hervorgerufene Rechtsfragen, beantwortet vom Herausgeber in einer RechtsDeduction in AusträgalSachen der Krone *Preussen* wider *Mecklenburg-Schwerin* und *Anhalt-Bernburg*. S. 33 — 79.

III. Die Immunität der *Universität Rostock*, vertheidigt gegen die von E. E. Rath der *Stadt Rostock* behauptete Beitragspflicht der AcademieVerwandten zu dem städtischen Armenwesen. Ein praktischer Beitrag zur Interpretations-Lehre. S. 80 — 95.

IV. Über den Eigenthumsübergang der Waaren durch Zeichnung und Einsendung der Connossemente, nach Römischem und Deutschem Rechte. Ein PrivatGutachten in Sachen des Handelshauses *E. Mertens* in *Hamburg*. . S. 96 — 135.

V. Beitrag zur Lehre von der Rechtmässigkeit des sechsten Zinsthalers. Aus den Entscheidungsgründen zu einem Erkenntniss der *Göttinger* Juristenfacultät. S. 136 — 143.

VI. Kann ein Israelite zum Doctor juris *utriusque* promovirt werden? Eine vor der Juristenfacultät zu *Rostock* unter dem Decanate des Herausgebers verhandelte Rechtsfrage. S. 144 — 162.

VII. Ist der Beischlaf mit der Bruderstochter als Incest zu bestrafen? Aus den Entscheidungsgründen zu einem Erkenntniss der *Rostocker* Juristenfacultät. S. 162 — 178.

VIII. Über die ServitutenVerjährung und Gemeindevertretung. Aus den Entscheidungsgründen zu einem Erkenntniss der *Rostocker* Juristenfacultät Namens der Kgl. JustizCanzley zu *Göttingen*. S. 178 — 208.

IX. Über das Recht der Mühlenanlegung nach gemeinem und nach Mecklenburgischem Rechte. Aus den Entscheidungsgründen zu einem Erkenntniss der *Rostocker* Juristenfacultät in Sachen der Grossherzogl. Mecklenb. Kammer zu *NeuStrelitz*. S. 209 — 228.

X. Über den gemeinrechtlichen Unterschied zwischen Mord und Todschlag, mit Bezugnahme auf die Lehre von den Perturbationen oder Affecten, und mit ausführlicher kritischer Würdigung der betreffenden neuern criminalistischen Literatur. Aus den Entscheidungsgründen zu dem Todesurtheile der *Rostocker* Juristenfacultät wider *August Kühn*. . . S. 229 — 346.

XI. Über die Trunkenheit in ihrer strafrechtlichen Bedeutung. Aus den Entscheidungsgründen zu dem TodesUrtheile der *Rostocker* Juristenfacultät wider *August Kühn*. S. 346 — 364.

XII. Der Mord aus Rache im Gegensatze des Todschlages im Zorne, nachgewiesen in der Tödtung des Goldschmiedes *Suhr* in *Ribnitz* durch den Kaufmann *Kühn* daselbst. Aus den Entscheidungsgründen zum Todes-Urtheile der *Rostocker* Juristenfacultät wider *August Kühn*. S. 365 — 454.

I.

Ueber die Erkennbarkeit des Unterschiedes zwischen einer Schenkung von Todeswegen und einer Schenkung unter Lebenden in einem gegebenen Falle.

Ein PrivatGutachten.

Geschichtserzählung.

Unterm 17. Februar 1800 errichtete Frau Marie Gertrud Hoff geb. Nordhoff, mit Genehmigung ihres Ehemannes Arnold Hoff in Schladen, über den ihr von ihrem Vater zugefallenen Kindestheil zu Gunsten ihrer Geschwister nachfolgende Schenkungsurkunde:

„Hiedurch bekenne und bescheinige ich, dass ich mit Genehmigung meines Mannes, Arnold Hoff, mich des mir laut Testamentes meines seligen Vaters, Johann Stephan Nordhoff in Mahlerten, zugefallenen kindlichen Erbtheiles dergestalt unter folgenden Bedingungen theilhaftig mache:

1. So lange ich und mein Mann Arnold Hoff am Leben bleiben, besagtes Erbtheil zu unserer beiderseitigen Disposition bleibt.

2. Sollte ich ohne Erben versterben, so fällt jedoch nach meines jetzt lebenden Mannes Tod besagter Erbtheil an meine Geschwister wieder zurück.

3. Bleibt es mir immer hierin eine freie Wahl, welchen von meinen Geschwistern ich solchen gebe, und glaube ich die Bemerkung machen zu dürfen, denen bedürftigsten solches zu schenken.

4. Sollten wir beide jetzt Lebende hingegen, da Gott für sey, durch Unglücksfälle in den Stand gesetzt werden, obigen Erbtheil in Gebrauch zu nehmen, so bleibt es uns gleichfalls frei, obigen Erbtheil zu gebrauchen.

5. Sollte sich andererseits ein Zufall ereignen, dass wir in unsern beiderseitigen Lebzeiten für besagten Erbtheil liegende Grundstücke kaufen könnten, oder sonst durch einen andern Fall diesen Erbtheil mit weit mehreren Zinsen nutzen könnten, so bleibt es uns hierin eine freie Wahl, obigen Erbtheil dazu zu verwenden.

Zu mehrerer Sicherheit habe ich dieses mit meinem eigenhändigen Namen unterschrieben, und damit eigenhändig bekräftigen wollen.

So geschehen zu Mahlerten, den 17. Februar 1800.

Marie Gertrud Hoff,
geb. Nordhoff.“

Dieser Act wurde von dem Amte Poppenburg bestätigt und darüber nachstehende, von dem gegenwärtigen Grossbrit. Hannöverschen Amte Gronau-Poppenburg in fidimirter Abschrift unterm 11. September 1832 ausgefertigte Registratur in das Amtshandelsbuch aufgenommen:

„Actum, *Mahlerten,* den 18. Februar 1800. Praes. Herrn Amtmann Klöpper et me Amtschreibern.

Im heutigen, zur Eröffnung des vom wail. Gastwirth Steffen Nordhoff hieselbst unterm 15. v. M. bei hiesigem Amte deponirten Testaments berahmten Termino erschienen des Defuncti Wittwe und von ihren sieben Kindern die fünf erwachsenen, als Gertrud, verehelichte Hoff aus Schladen, Josephine, verehelichte Petersen hieselbst, Bernardus, Clemens und Marianne, und übergaben nach geschehener Prüfung jener väterlichen Disposition die verehelichte Hoff aus Schladen eine in Ansehung ihrer, in besagter Disposition nach bestimmten Erbschafts-Raten ad 1500 Rthlr. auf ihre sämmtlichen sechs Geschwister unterm 17. hujus ausgestellte und von ihrem Mann unterm 16. ejusdem genehmigte Schenkung, mit der Bitte, solche Amtswegen zu confirmiren, und da dieselbe anheut ihre Abfindung durch Cession

a) eines Osthauschen Wechsels über 1000 Rthlr. und
b) eine landschaftliche Obligation über 500 Rthlr. Münze

sofort erhielt, so zeigte dieselbe zur Erläuterung obiger Schenkung unter Lebendigen annoch an: wie

1. Dieselbe per supervenientiam liberorum ihre volle Kraft verlöre;

2. ihr und ihrem Manne vorbehalten bleiben sollte, ob sie die qu. 1500 Rthlr. ihren sämmtlichen Geschwistern oder welchen von diesen zuwenden wollte; falls aber

3. vor beiderseitigem Ableben hierüber nicht disponirt wäre, so fielen alsdann diese

1500 Rthlr. ihren sämmtlichen Geschwistern aequaliter zu; übrigens solle

4. diese Schenkuug per superveniantiam liberorum, die ihr Mann etwa in einer zweiten Ehe erzeugen würde, nicht entkräftet werden.

Anwesende acceptirten für sich und ihre jüngern Geschwister obige Schenkung unter den Lebendigen unter den dabei gemachten Reservationen.

Resolutum.

Vorstehende Donatio inter vivos wird Amtswegen salvo jurę cujusvis hiermit bestätigt, nachdem dieselbe wörtlich vorgelesen und vorstehender Maassen erläutert worden.

Actum ut supra.

In fidem Hentrich.“

Nachdem die Schenkgeberin ihren Ehemann Arnold Hoff überlebt und beerbt, und darauf den Hrn. Dr. H. wieder geheirathet hatte, errichtete sie zu dessen Gunsten ein Testament, dem sie unterm 13. Julius 1832 einen Nachtrag hinzufügte. In diesem widerrief sie ihre frühere Disposition über den väterlichen Erbtheil, zu Gunsten ihres künftigen TestamentsErben, des Hrn. Dr. H. — Derselbe, von den Geschwistern seiner inzwischen verstorbenen Frau hinsichtlich der Zahlung der 1500 Rthlr. in Anspruch genommen, entschloss sich in seinem Gewissen, die sofortige Zahlung oder die Verweigerung derselben von dem Ausfalle eines vom Unterzeichneten zu verlangenden Gutachtens abhängig zu machen, nämlich über die, die Widerruflichkeit oder Unwiderruflichkeit der Schenkung betreffende Frage:

Ob im fraglichen Falle eine Schenkung unter Lebenden, oder von Todeswegen vorliege?

Zur angemessenen Erörterung dieser Frage wird es unter den obwaltenden Umständen erforderlich, die *Zweifels-* und *Entscheidungsgründe* genauer zu unterscheiden.

I. Zweifelsgründe.

Für das Daseyn einer *Schenkung unter Lebenden* und daher für die *Unwiderruflichkeit* der Schenkung möchten folgende Gründe mit einem Scheine Rechtens geltend gemacht werden können:

1. In dem gerichtlichen Protocolle vom 18. Februar 1800 wird das in Frage stehende Rechtsgeschäft wiederholt eine Schenkung unter Lebendigen genannt; wobei noch in Erwägung kommt, dass die gerichtliche Confirmation nur nach vorhergegangenen Erläuterungen von Seiten der Schenkerin stattgefunden hat, demnach angenommen werden muss, dass der Name einer Schenkung unter Lebendigen entweder unmittelbar von der Schenkerin selbst gebraucht worden sey, oder das Gericht doch aus ihren Aeusserungen eine dieser Benennung entsprechende Absicht habe entnehmen müssen.

2. Nur die Schenkungen unter Lebenden über 500 Solidi, nicht die Schenkungen von Todeswegen bedürfen der gerichtlichen Insinuation; wogegen diese wiederum die Zuziehung von fünf Zeugen verlangen. Da nun hier eine gerichtliche Insinuation vorliegt, hingegen fünf Zeugen nicht zugezogen worden sind, so muss anscheinend eine Schenkung unter Lebenden um

so mehr statuirt werden, als nicht angenommen werden darf, dass die gesetzlichen Erfordernisse versäumt, dagegen überflüssige Formalitäten beobachtet worden seyen.

3. Der blosse Umstand, dass des Ablebens gedacht wird, oder dass die Auszahlung einer geschenkten Summe erst nach dem Tode des Schenkers stattfinden soll, hebt noch nicht den regelmässig eintretenden Begriff einer Donatio inter vivos auf; weshalb auch im vorliegenden Falle der Umstand, dass der väterliche Erbtheil an die Geschwister erst nach dem Tode der Schenkerin, oder nach dem etwa später erfolgenden Ableben ihres ersten Ehemannes zurückfallen soll, noch nicht den Charakter einer Schenkung auf den Todesfall begründen kann.

4. Da die Verstorbene zwar die nähere Bestimmung, welchem der Geschwister der fragliche Erbtheil zufallen solle, sich vorbehalten, zugleich aber nachträglich angeordnet hat, dass im Fall der Unterlassung dieser nähern Bestimmung die Schenkung für alle gültig seyn solle, so zeugt dieses anscheinend insofern für eine Schenkung unter Lebenden, als daraus die Absicht der Schenkerin hervorgeht, dass die Schenkung auch nach ihrem Tode auf jeden Fall als gültig fortdauern solle.

5. Auch die anderweitigen Verfügungen, sowohl in der Haupturkunde vom 17. Februar, als in den Erläuterungen vor Gericht vom 18. Februar 1800 entsprechen dem Anscheine nach eher einer Donatio inter vivos, als einer Donatio mortis causa. Denn Befugnisse, die man schon ipso jure hat, braucht man nicht erst sich besonders auszubedingen; weshalb, da nichts Ueberflüssiges vorausgesetzt werden darf, diese bei ei-

ner Schenkung von Todeswegen sich von selbst verstehenden Befugnisse eben ihrer besondern Stipulirung wegen vielmehr auf eine Schenkung unter Lebenden hinweisen; wie namentlich der Vorbehalt, dass die Schenkerin bei etwa sie treffenden Unglücksfällen das Geschenkte in Gebrauch nehmen, dass sie es zum Ankauf von Grundstücken bei sich darbietenden günstigen Gelegenheiten benutzen dürfe, dass die Schenkung per supervenientiam liberorum ihre Kraft verlöre, dass die Schenkerin sich die lebenslängliche Disposition reservire, u. dgl.

6. Könnte die Frage, ob eine Schenkung unter Lebendigen oder von Todeswegen vorliege, überhaupt noch zweifelhaft seyn, so möchte doch die rechtliche Vermuthung für Erstere streiten; da die Schenkung unter Lebenden die Regel bildet, die von Todeswegen die Ausnahme; daher auch die Ausdrücke: *Donatio, Schenkung,* im Zweifel immer auf Erstere zu beziehen sind.

7. Wäre endlich das vorliegende Rechtsgeschäft auch nicht als Donatio inter vivos zu betrachten, so doch als ein *Deutscher Erbvertrag*, welcher insofern mit jener von gleicher Bedeutung ist, als auch ihm *Unwiderruflichkeit* zukommt. Für einen solchen Erbvertrag streitet aber nicht nur der Umstand, dass alle Erfordernisse eines solchen: Acceptation, und schriftliche, selbst gerichtliche Form, vorhanden sind; sondern hier auch eine Vereinbarung mit den nächsten gesetzlichen Erben über den väterlichen Erbtheil in Frage steht, also eine Art von Vereinbarung, wie sie nach Deutschen Rechten und Herkommen sich so häufig findet, und die daher gegen das Römische Institut der Mortis causa donatio nach den bekannten Grundsätzen von dem

Vorzuge des einheimischen Deutschen Rechts vor dem fremden Römischen Rechte in Schutz genommen werden muss.

II. Entscheidungsgründe.

Ungeachtet des Scheinbaren vorstehender, für eine *Schenkung unter Lebenden* und überhaupt für die *Unwiderruflichkeit* der fraglichen Schenkung etwa anzuführenden Gründe, ergibt sich doch bei einer sorgfältigen und gewissenhaften Prüfung nicht nur das Unbegründete und Unzutreffende derselben, sondern auch, dass entscheidende Gründe das Daseyn einer *Schenkung auf den Todesfall* und daher die *Widerrufruflichkeit* auf das Vollständigste darthun.

1. Der Name, welcher einem Rechtsgeschäfte beigelegt wird, ist allerdings von grosser Erheblichkeit, insofern als er vor allen die Absicht des Handelnden und dessen eigne Ansicht von der Natur und Beschaffenheit des fraglichen Geschäftes ausspricht; daher der *Name* nicht um seiner selbst, sondern um der durch ihn erklärten *Absicht* willen allerdings ein rechtliches Interesse gewährt. Dass nun aber der Name an sich *nicht* entscheidend sey, beweist schon die ganze Lehre von der Simulation bei den Rechtsgeschäften, derzufolge bekanntlich nicht das *genannte*, sondern allein das *beabsichtigte* Geschäft rechtlich vorhanden ist.

L. 46. *D.* 19, 2, *Locati conducti:* „Si quis *conduxerit* nummo uno, *conductio nulla est*, quia et hoc *donationis* instar inducit.“

Cod. Tit. Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur. (Lib. 4, T. 22.)

Hiermit hängt denn auch der Grundsatz zusammen:

> *L.* 1. *C. t. c.:* „In contractibus rei veritas potius, quam scriptura perspici debet.“

Zwar gilt die auf alle Rechtshandlungen auszudehnende Regel:

> „Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem.“ *L.* 69, *pr. D.* 32, *De legatis III.*

Allein in derselben angeführten Pandekten-Stelle wird auch bemerklich gemacht, dass man in Testamenten und dergleichen Willensacten keineswegs immer den strengtechnischen Begriff den gebrauchten Worten und Namen unterlegen dürfe, vielmehr nicht zu übersehen habe, dass der Redende oft einen andern Sinn, als den technischen, mit den gebrauchten Worten verbinde.

> *L.* 69, §. 1 *cit.:* „Non enim in causa testamentorum ad definitionem utique descendendum est, cum plerumque abusive loquantur, nec propriis nominibus ac vocabulis semper utantur.“

Dieses muss um so mehr beachtet werden, wenn, wie hier, *Frauen* in Rede stehen. Denn da von ihnen, zumal wenn de damno vitando gestritten wird, Rechtskenntnisse überall nicht gefordert werden, so kann auch eine genaue Kenntniss der, nicht dem Sprachgebrauch des gemeinen Lebens, sondern der Rechtswissenschaft angehörenden s. g. Legaldefinition einer *Schenkung unter Lebenden* bei ihnen nicht vorausgesetzt werden, so dass, wenn im vorliegenden Falle die Verstorbene sich auch wirklich dieses Ausdruckes bedient hätte, derselbe doch nur ein sehr geringfügiges Zeugniss für eine diesem entsprechende

Willensmeinung enthalten würde. Jedoch auch dieses, schon an sich so höchst geringfügige Zeugniss, welches aus dem, im Amtsprotocolle vom 18. Februar 1800 gebrauchten Ausdrucke einer *Schenkung unter Lebendigen* entnommen werden könnte, verliert allen Werth, wenn man erwägt, dass weder die Verstorbene, noch ihr damaliger Ehemann in der Haupturkunde vom resp. 17. und 16. Februar 1800 überall auch nur von einer *Schenkung* reden; vielmehr die Einleitung der Haupturkunde vom 17. Februar sich auf eine der Annahme einer gewöhnlichen Schenkung unter Lebenden durchaus widersprechende Weise äussert, indem diese besagt, dass die Verstorbene *sich* des ihr zugefallenen kindlichen Erbtheiles unter den anzugebenden Bedingungen *theilhaftig machen wolle*, was der Absicht einer gewöhnlichen Schenkung gradezu widerstreitet. Erst in dem nachfolgenden gerichtlichen Protocolle vom 18. Febr. 1800 ist von einer *Schenkung unter Lebendigen* die Rede; jedoch nicht auf eine solche Art, dass man daraus deutlich erkennt, wie die Verstorbene selbst sich dieses Ausdruckes aus eignem Antriebe und zur nähern Erläuterung ihrer Absicht bedient habe. Vielmehr ersieht man aus dem Protocoll mit Sicherheit nur so viel, dass nur das *Gericht* selbst den Act als eine Schenkung unter Lebenden ansah. Es heisst nämlich im angezogenen Gerichts-Protocolle: dass die verehelichte Hoff eine — „*Schenkung*“ mit der Bitte, solche Amtswegen zu confirmiren, überreicht habe; ferner, dass dieselbe „zur Erläuterung obiger *Schenkung unter Lebendigen*“ annoch angezeigt habe, u. s. w., imgleichen, dass Anwesende für sich und ihre jüngern Geschwister „*obige Schenkung unter*

den Lebendigen" unter den dabei gemachten Reservationen acceptirt hätten, endlich dass „*vorstehende Donatio inter vivos*" Amtswegen u. s. w. hiemit bestätigt werde. — Allein das Gericht war natürlich nicht befugt, dem Rechtsgeschäfte eine andere Bedeutung unterzuschieben, als es nach der Absicht der Verstorbenen haben sollte, und die gerichtliche Confirmation als solche konnte ebensowenig die Natur des Rechtsgeschäftes wesentlich verwandeln. Es ist vielmehr die künftige richterliche Beurtheilung des fraglichen Rechtsgeschäftes ganz unabhängig von der Ansicht und dem Urtheile des confirmirenden Gerichtes, zumal auch nicht mit Grund behauptet werden kann, dass das Gericht jenen Namen nur in Folge der von der Verstorbenen erhaltenen anderweitigen Erläuterungen und Aufklärungen über die Natur des beabsichtigten Geschäftes gebraucht habe. Denn diese Erläuterungen sind sub N. 1—4 zu Protocoll genommen, und unterliegen den richterlichen Beurtheilungen; von anderweitigen Erläuterungen extra protocollum kann aber theils an sich, theils nach dem mangelnden desfallsigen Zeugnisse im Protocolle nicht weiter die Rede seyn. — Gesetzt aber auch, dass die Verstorbene vor Gericht selbst des Ausdruckes: *Schenkung unter Lebendigen,* sich bedient hätte, so dürfte daraus doch nicht ein Mehreres gefolgert werden, als schon in der Haupturkunde vom 17. Februar d. J. enthalten ist, da dieses allein die Zustimmung des damaligen Ehemannes erhalten hat, die Verstorbene aber nicht befugt war, ohne den Consensus maritalis, vorausgesetzt, dass ein solcher particularrechtlich bei dem Rechtsgeschäfte der Ehefrau überhaupt erforderlich war, das nach der

vom Ehemanne im Voraus genehmigten Haupturkunde begründete Widerrufsrecht einseitig und ohne Beistand ihres Ehemannes durch Verwandlung der Verfügung von Todeswegen in eine Schenkung unter Lebenden aufzugeben.

2. Im fraglichen Falle liegt eine auf Ansuchen erfolgte „*Confirmation von Amtswegen*" vor. Erwägt man nun, dass die Verstorbene zur Zeit der Schenkung allen Umständen nach eine Amtseingesessene des Amtes Schladen war, dass in Deutschland in der Regel alle wichtigern Contracte der Amtseingesessenen der Confirmation von Amtswegen bedürfen; so ist leicht einzusehen, dass aus der nachgesuchten und ertheilten Confirmation von Amtswegen, die bei Schenkungen auf den Todesfall so gut, wie bei Schenkungen unter Lebenden erfordert wird, nicht auf letztere geschlossen werden kann. — Allein gesetzt auch die hier vorliegende gerichtliche Confirmation wäre allein nach den Regeln der Römischen Insinuation grösserer Schenkungen zu beurtheilen, so würde doch aus ihr keinesweges mit Sicherheit auf eine Donatio inter vivos geschlossen werden dürfen. Erwägt man nämlich die Verordnung Justinians in der L. 4, C. 8, 57, *De donat. causa mortis* genauer, so erscheint das frühere Recht, wornach bei allen grössern Schenkungen, auch denen von Todeswegen, eine gerichtliche Insinuation erfordert ward, keineswegs als absolut in Beziehung auf letztere aufgehoben. Vielmehr ist nur von einem, mit der Fortdauer des ältern RechtsPrincipes wohl zu vereinigenden Beneficium legis die Rede, wornach bei Schenkungen von Todeswegen die gerichtliche Insinuation nicht mehr wesentlich erfordert werden, sondern die Zuziehung von fünf

Zeugen genügen sollte. Es lauten nämlich die hier in Betracht kommenden Worte der L. 4, C. 8, 57. *De donat. causa mortis:*

„Sancimus omnes mortis causa donationes *actis minime indigere, neque expectare publicarum personarum praesentiam* et ea quae super hujusmodi monumentis solent adhiberi: sed ita res procedat, ut si quinque testibus praesentibus vel in scriptis vel sine literarum suppositione aliquis voluerit mortis causa donationem facere *et sine monumentorum accessione* res gesta maneat firmitate vallata et nullam in ea calumniam accipiat, neque propter hoc, *quod gesta non aceesserunt*, inefficax esse atque inutilis videatur, et omnes effectus sortiatur, quos ultimae habent liberalitates, neque ex quacunque parte absimilis eis intelligatur.“

Dass man auf diese Rechtswohlthat verzichten und statt vor fünf Zeugen, nach wie vor, vor Gericht die Schenkung von Todeswegen gültig vornehmen konnte, erhellt theils aus der Wortfassung: *„actis minime indigere, vel expectare* etc.“, welche die gerichtliche Form offenbar als die feierlichere und wichtigere darstellen, theils aus dem bekannten Grundsatze, dass jede Lex correctoria, wie die vorstehende, im Zweifel strictae interpretationis sey, woraus folgt, dass die ältere Regel nicht als absolut aufgehoben, sondern nur als zu Gunsten derjenigen, welche von Todeswegen schenkten, modificirt betrachtet werden dürfe. Vor allen kann es aber heutiges Tages nicht in Zweifel gezogen werden, dass eine Schenkung von Todeswegen gültig vor Gericht vorgenommen werden könne. Denn abgesehen auch davon, dass bei uns die gerichtliche

Bestätigung überall als die feierlichste Form angesehen wird, so folgt doch schon aus dem heutigen Rechte, vor Gericht gültig zu testiren, dass, da obige *L.* 4, *C. cit.* die Mortis causa donatio den ultimae liberalitates gleichstellt, und §. 1. *J.* 2, 7, *De donationibus*, ausdrücklich bezeugt: „Hae mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia;“ — dass, wie eine Erbeseinsetzung und ein Vermächtniss, so auch eine Schenkung von Todeswegen gültig vor Gericht errichtet werden könne. Aus allen diesen Gründen haben auch schon ältere angesehene Juristen den Grundsatz aufgestellt, dass die fünf Zeugen sich nur auf den Fall bezögen, dass der Schenker die Schenkung nicht insinuiren wolle, u. a.

Bartolus, Lectura super sec. part. Cod. ad L. ult. C. not.

A. Faber, Error. pragm. Dec. XLIV, Err. 1.

Balduinus, Justinianus, Lib. II, p. 108.

Giphanius, Lect. Altorph. p. 311;

so wie auch neuere Rechtsgelehrte ihnen ebenfalls beigetreten sind:

Haubold, Opusc. p. 463.

Seuffert, Lehrbuch des Pandectenrechts §. 647.

v. Schröter, über die mortis causa donatio in der Zeitschr. für Civilr. u. Process. B. II. S. 135 ff.: „Wo bisher Insinua„tion nothwendig war, — *hat der Schen„ker die Wahl zwischen ihr und der „Zuziehung von fünf Zeugen.*“

Hieraus ist denn zugleich zu ersehen, dass in dem vorliegenden Falle der Mangel von fünf Zeugen nicht als ein Argument für das Daseyn

einer Schenkung unter Lebenden mit Grund benutzt werden dürfe, indem dieser Mangel den Begriff einer Schenkung von Todeswegen nicht aufhebt. Wäre aber auch die Zuziehung von fünf Zeugen ein wesentliches Erforderniss bei Schenkungen von Todeswegen, so würde, wenn die darauf gerichtete Absicht anderweitig dargethan werden könnte, daraus eher die Ungültigkeit der ganzen Schenkung hervorgehen, und also um so weniger darauf ein Anspruch der Beschenkten gestützt werden können. — Demnach kann aus der Confirmation der Schenkung von Amtswegen, so wie aus dem Mangel von fünf Zeugen nichts für das Daseyn einer Schenkung unter Lebenden irgend mit Sicherheit entnommen werden.

3. Der erste und wichtigste Unterschied zwischen der mortis causa und inter vivos donatio ist die *Widerruflichkeit.*

§. 1 *J.* 2, 7, *De donationibus.*

v. Schröter, über die Mortis causa Donatio, in d. Zeitschrift für Civilr. u. Process, B. 2, S. 106: „Suchen wir dagegen die Seite der Mortis causa donatio auf, durch welche sie sich von der inter vivos unterscheidet, so bestand diese lediglich *in ihrer Widerruflichkeit.*“

Wenn nun freilich auch eine Donatio inter vivos nach L. 27, D. 39, 6, *De mortis causa donat. mit der Erwähnung des Todes* des Schenkers an sich vereinbarlich ist, so doch nur unter der Voraussetzung, dass jenes wesentliche Kriterium der wahren Schenkung von Todeswegen, *die Widerruflichkeit, ausdrücklich aufgehoben ist;* weshalb es denn auch L. 27 D. cit. heisst:

„Ubi *ita* donatur mortis causa, *ut nullo casu revocetur*, causa donandi magis est, quam mortis causa donatio, et ideo perinde haberi debet, atque alia quaevis inter vivos donatio."

Zwar scheint aus L. 42, §. 1 D. e. t. hervorzugehen, dass es zur Annahme einer solchen Donatio inter vivos nur erforderlich sey, dass der Schenker *nicht ausdrücklich die Conditio redhibendi hinzugefügt habe*, eine Verzichtleistung auf das ipso jure eintretende Recht des Widerrufes demnach nicht erforderlich sey. Allein in der L. 42 cit. ist nur von einer *Schenkung auf dem Sterbebette* die Rede, welche, da der Tod hier nicht als eine ferne oder nahe Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit erst vorausgesetzt und daher überall nicht *auf den Todesfall* geschenkt wird, nur eine Art der Schenkung unter Lebenden ist, bei der ein Widerrufungsrecht daher auch nur gilt, insofern dasselbe ausdrücklich ausbedungen worden ist. L. 42, §. 1 D. e. t.:

„Cum pater in extremis vitae constitutus, emancipato filio quaedam *sine ulla conditione redhibendi* donasset — — eum autem qui absolute donaret, *non tam mortis causa, quam morientem donare.*"

Damit stimmen denn auch neuere Schriftsteller überein. So sagt: *Mühlenbruch*, doctr. pandectar. Ed. III, Lib. V, §. 760:

„Quodsi enim *ita* donatur, ut, licet in mortis eventum differatur solutio, *tamen nullo modo, etsi prior moriatur, cui donatum est revocari possit donatio*, inter vivos donationem factam esse existimandum est."

Dass nun aber auf der andern Seite *jede bestimmte Erwähnung des Todes des Schenkers,* wenn nicht ein solcher ausdrücklicher Vorbehalt der Widerruflichkeit stattgefunden hat, den Charakter der Mortis causa donatio und daher schon ipso jure das Recht des Widerrufes begründet, erhellt, kraft des Argumenti e contrario, zunächst aus dem, was die Rechtsquellen über die Donatio inter vivos besagen. So heisst es §. 2 J. 2, 7, *De donationibus:*

„Aliae autem donationes sunt, *quae sine ulla mortis cogitatione fiunt,* quas inter vivos appellamus; — quae si fuerint perfectae, temere revocari non possunt.“ —

Dem entspricht auch die s. g. Legaldefinition der Mortis causa donatio in §. 1 J. e. t.

„Mortis causa donatio est, *quae propter mortis fit suspicionem;* cum quis ita donat, *ut si quid humanitus ei contigisset,* haberet is, qui accepit; sin autem supervixisset is, qui donavit, reciperet, vel si eum donationis poenituisset, aut prior decesserit, cui donatum sit.“

Dass unter jener „*Mortis suspicio*“ nicht nothwendig die Furcht vor der drohenden Todesgefahr zu verstehen sey, sondern zu einer Schenkung von Todeswegen die „*sola cogitatio mortalitatis*“, demnach die blosse Vorkehrung für den Fall des Ablebens genüge, bezeugt auch ausdrücklich l. 2 D. 39, 6, *De mortis causa donationibus.*

Diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall angewandt, lassen es keinem Zweifel unterliegen, dass hier eine Mortis causa donatio in Frage steht. Denn nicht nur ist hier wiederholt von Bestimmungen die Rede, welche allein *während der Lebzeiten* der Schenkerin eintreten sollen,

sondern es verfügt auch §. 2 der Haupturkunde ausdrücklich:

„*Sollte ich ohne Erben versterben, so fällt*, jedoch nach meines jetzt lebenden Mannes Tod, *besagtes Erbtheil an meine Geschwister wieder zurück.*“

Da nun eine ausdrückliche Verzichtleistung auf das Recht des Widerrufes nirgends, weder in der Haupturkunde, noch in den gerichtlichen Erläuterungen ersichtlich ist, so kann nach Obigem der Charakter der Schenkung von Todeswegen und daher die Befugniss zum Widerrufe nicht in Zweifel gezogen werden.

4. Zu den wesentlichen Eigenschaften der Schenkung auf den Todesfall gehört ferner die stillschweigende Voraussetzung, dass der Beschenkte den Schenker überlebe, so dass mit dem frühern Tode des Erstern die Schenkung ipso jure und ohne dass es eines Widerrufes bedarf, ihre Rechtskraft verloren hat.

§. 1 J. 2, 7. *De donationibus*:

„Sin autem supervixisset is, qui donavit, reciperet, vel si eum donationis poenituissit, *aut prior decesserit, cui donatum sit.*“

v. Schröter a. a. O. S. 106.

Hasse, Ueber die Schenkung Todeshalber: (im Rheinischen Museum für Jurisprudenz, 2. Jahrg. Heft 3, S. 342.) „Der *allgemeine* unterscheidende Charakter der Schenkung Todeshalber von der Schenkung unter Lebenden ist allein der, *dass ihr Bestand* und die Dauer der durch sie bewirkten oder vorbereiteten Vermögensvermehrung, *von dem Früihersterben des Schenkers schlechterdings abhängt.*“

Betrachten wir nun in Beziehung auf dieses,

wenn gleich nach richtiger Theorie nicht *ausschliesslich*, so doch *mit* entscheidende Kriterium der Schenkung auf den Todesfall, den Inhalt der obigen Urkunden; so ergiebt sich deutlich, dass hier überall vorausgesetzt wird, dass die Geschwister die Schenkgeberin überleben werden, weshalb denn für den Fall, dass die Geschwister mit Hinterlassung von Erben einzeln oder insgesammt *vor* der Schenkerin sterben würden, keine Bestimmung getroffen ist. Eine solche Bestimmung wäre aber bei einer beabsichtigten Schenkung unter Lebenden um so nothwendiger gewesen, als die Schenkerin sich das Recht der Auswahl des eigentlich Beschenkten ausdrücklich vorbehalten hatte, und es so dahin kommen konnte, dass einige oder alle Geschwister vor ihr dahinstürben, bevor sie ihr Wahlrecht ausgeübt hätte, in solchem Falle aber bei einer Schenkung unter Lebenden nicht ohne Grund hätte behauptet werden dürfen, dass erst mit der Wahl, oder mit dem Ableben der Schenkerin ohne getroffene Wahl, die Schenkung hätte wirklich werden können, daher ein blosses acceptirtes Versprechen, *dereinst* schenken zu wollen, aus welchem aber den Erben keine Rechte entstehen könnten, vorhanden gewesen sey. Wenn demnach bei der Annahme einer Schenkung unter Lebenden es unbegreiflich bleibt, warum die Schenkerin durch eine Bestimmung für den Fall des frühern Ablebens einiger oder aller Geschwister den grossen hier vorauszusehenden Schwierigkeiten nicht begegnete; so ist es bei der Annahme einer Schenkung von Todeswegen ganz begreiflich, warum für diesen Fall keine Bestimmung getroffen ward, da eine solche Schenkung, nicht bloss nach den positiven Römischen Gesetzen, sondern auch

nach der, den Schenkern selbst inwohnenden natürlichen RechtsIdee, wegen der hier wesentlich berücksichtigten Persönlichkeit der Beschenkten, mit dem frühern Ableben derselben von selbst erlöscht; demnach auch die vor der Schenkerin versterbenden einzelnen Geschwister ihre Rechte nicht auf ihre Erben transferiren können, da in Beziehung auf sie die Schenkung erloschen ist. Die Bestimmung aber in den nachträglichen Erläuterungen, dass falls vor dem beiderseitigen Ableben der Schenkerin und ihres derzeitigen Ehemannes nicht darüber disponirt worden sey, ob die qu. 1500 Rthlr. ihren sämmtlichen Geschwistern aequaliter zufallen sollten — kann nicht für eine Schenkung unter Lebenden, noch für eine Verzichtleistung auf das gesetzliche Widerrufsrecht angeführt worden. Denn hier ist nur etwas angeordnet, was sich im Grunde schon von selbst verstand. Die Schenkung von Todeswegen ist Allen zu Theil geworden, nur dass die Schenkerin sich noch ein DispositionsRecht in Beziehung auf die Uebertragung an Einen oder Mehrere von diesen vorbehalten hat. Machte sie von diesem Rechte keinen Gebrauch, so blieb die Schenkung für alle nach wie vor geltend, und alle erschienen als gleichberechtigt. Es ist demnach hierin nur ausgesprochen, dass der Bestand der Schenkung von der Ausübung oder Nichtausübung jenes vorbehaltenen besondern DispositionsRechtes unabhängig seyn solle, was aber eine Unabhängigkeit von dem frühern Tode sämmtlicher Beschenkten, oder von dem gesetzlichen Widerrufsrecht keinesweges in sich schliesst.

5. So wenig wie die so eben gewürdigte Nebenbestimmung, sind auch die anderweitigen

Dispositionen sowohl in der Haupturkunde vom 17. Febr., als in dem Amtsprotocolle vom 18. Febr. im Stande, den durch die bestimmte Erwähnung des Todes, ohne Verzicht auf das Recht des Widerrufes, gesetzlich begründeten Charakter der Schenkung von Todeswegen aufzuheben, indem aus ihnen ein solcher Verzicht eben so wenig hervorgeht. Denn der Umstand, dass einzelne Befugnisse, die schon an sich in dem Hauptrechte enthalten sind, noch besonders hervorgehoben und ausdrücklich festgesetzt worden, kann jenem Hauptrechte selbst allein noch keinen andern Charakter geben. Die tägliche Erfahrung nämlich lehrt, dass in ein- und zweiseitigen Rechtsgeschäften einzelne Punkte, die den Partheyen besonders wichtig sind, der grössern Vorsicht und Sicherheit halber eigends hervorgehoben und namhaft gemacht werden; was vollends in den, von Frauen und andern rechtsunerfahrnen Personen herrührenden Rechtsgeschäften geschieht, die Alles möglichst zu verclausuliren und besonders festzusetzen wünschen, da sie begreiflich das aus dem Wesen des Geschäftes von selbt Folgende nicht zu übersehen vermögen. Hieraus erhellt demnach zur Genüge, wie wenig aus solchen einzelnen Bestimmungen mit Sicherheit auf das HauptPrincip und dessen Abänderung geschlossen werden kann. Dazu kommt, dass wenn jene, der Annahme einer Schenkung von Todeswegen anscheinend widersprechenden einzelnen Bestimmungen des vorliegenden Rechtsgeschäftes genauer erwogen werden, sie keinesweges als völlig leer und überflüssig betrachtet werden können. Denn wenn es:

a) §. 4 *der Haupturkunde* heisst:

„Sollten wir beide jetzt Lebende hingegen,

da Gott für sey, durch Unglücksfälle in den Stand gesetzt werden, obiges Erbtheil in Gebrauch zu nehmen; so bleibt es uns gleichfalls frei, obiges Erbtheil zu gebrauchen;

so kann nicht behauptet werden, dass wegen der bei Schenkungen von Todeswegen ipso jure eintretenden Widerruflichkeit diese Bestimmung ganz überflüssig sey. Denn zunächst bedarf es bei Schenkungen auf den Todesfall, weil in der Schenkung als solcher bereits eine Erwerbung enthalten ist, des ausdrücklichen und förmlichen Widerrufes, und so lange ein solcher nicht statt gefunden hat, würde die Schenkung als fortbestehend und eine der Erfüllung des Versprechens widersprechende Handlung als widerrechtlich zu betrachten seyn, obschon bei blossen Vermächtnissen, welche, so lange der Erblasser lebt, noch in keiner Beziehung erworben sind, ein Anderes gilt. Daher ist es denn nicht als überflüssig zu betrachten, wenn für gewisse Fälle ein an keinen förmlichen Widerruf gebundenes freies DispositionsRecht ausbedungen wird. Alsdann liegt auch in jenem Vorbehalt das Recht eines *theilweisen* Gebrauches des fraglichen Erbtheiles bei etwaigen Unglücksfällen, was besonders da wünschenswerth erscheinen kann, wo man durch Widerruf nicht gerne die ganze Schenkung wieder aufheben möchte. Endlich ist auch nicht zu übersehen, dass die Verstorbene jenen Vorbehalt nicht bloss für sich, *sondern auch für ihren damaligen Ehemann*, auf den Fall, dass er sie überleben und in den ihm zugedachten Besitz des fraglichen Erbtheiles kommen würde, stipulirt, und schon dadurch dieser Bestimmung die vollste Bedeutung gegeben hat.

Aus dem hier angeführten erhellt nun aber auch, warum

b) der, §. 5 *der Haupturkunde* enthaltene Vorbehalt:

„Sollte sich andrer Seits ein Zufall ereignen, dass wir in unser beiderseitigen Lebzeiten für besagtes Erbtheil liegende Grundstücke kaufen könnten, oder sonst durch einen andern Fall dieses Erbtheil mit weit mehreren Zinsen nutzen könnten, so bleibt es uns hierin eine freie Wahl, obiges Erbtheil dazu zu verwenden;“

gleichfalls nicht als überflüssig betrachtet werden kann, da auch hierdurch die Befugniss der freien Verwendung in den angeführten Fällen sowohl im Ganzen, als im Einzelnen von der Pflicht zum vorhergehenden förmlichen Widerruf unabhängig constituirt, auch dieselbe nicht minder auf den damaligen Ehemann ausgedehnt wird.

c) Der Umstand aber, dass die ganze Schenkung von Anfang an nach §. 1 *der Haupturkunde* nur auf den Fall des kinderlosen Ablebens der Schenkerin ging, und nach Nr. 1 der Erläuterungen im AmtsProtocolle sofort durch die Geburt eines Kindes (per supervenientiam liberorum) ihre Kraft verlieren sollte, kann eben so wenig gegen die Annahme einer Schenkung von Todeswegen streiten. Denn stand gleich der Schenkerin, wie zu jeder andern Zeit, so auch zur Zeit der etwanigen Geburt von Kindern, ein Recht des Widerrufes zu, so musste dieses doch auch hier besonders ausgeübt werden, wenn die Schenkung rückgängig werden sollte. So aber bedurfte es nach jenen Bestimmungen eines solchen Widerrufes weiter nicht, sondern die Schenkung würde durch die erfolgende Geburt

eines Kindes schon ipso jure ihre Rechtskraft verloren haben. — Endlich darf auch

d) die Verfügung *des* §. 1 *der Haupturkunde:*

„So lange ich und mein Mann Arnold Hoff am Leben bleiben, besagtes Erbtheil zu unserer beiderseitigen Disposition bleibt",

nicht als mit dem Wesen einer Schenkung von Todeswegen in Widerspruch stehend betrachtet werden. Denn zunächst kommt auch hier die Ausdehnung des lebenslänglichen Dispositions-Rechtes auf den damals lebenden Ehemann in Betracht. Alsdann erhellt aus dem ganzen Inhalte der Schenkung, dass hier unter dem Ausdrucke: *Disposition,* nicht sowohl das Recht des Widerrufes der Schenkung zu verstehen ist, als vielmehr das Recht des vorbehaltenen Besitzes und Eigenthumes, so wie der Nutzniessung und freien Verwaltung des Geschenkten, was auch dem gemeinen Sprachgebrauch vollkommen entspricht, so wie der in dem 4ten Zusatzartikel enthaltenen Verfügung, dass diese Schenkung per supervenientiam liberorum, die ihr Mann etwa in einer zweiten Ehe erzeugen würde, nicht entkräftet werde —, indem daraus zur Genüge erhellt, dass der damalige Ehemann ungeachtet seines DispositionsRechtes doch nicht ein Recht der freien Verfügung und des Widerrufs der ganzen Schenkung haben sollte.

6. Aus allen vorstehenden Gründen geht hervor, dass das Daseyn einer Schenkung von Todeswegen nicht im Mindesten als *zweifelhaft* betrachtet werden kann. Deshalb können aber auch die *im Fall des Zweifels* eintretenden InterpretationsRegeln hier an sich keine Anwendung leiden. Allein gesetzt auch, dass die Sache noch irgend als ungewiss und zweifelhaft

angesehen werden dürfte, so würden alle Umstände doch für eine Interpretation zu Gunsten der Schenkung von Todeswegen und des damit verbundenen Widerrufsrechtes reden. Denn

a) zunächst kann nicht behauptet werden, dass die Donatio inter vivos die Regel, und die Mortis causa die Ausnahme bilde. Vielmehr stellen die Rechtsquellen ausdrücklich beide als zwei selbstständige Arten der Schenkung neben einander hin:

pr. J. 2, 7, De donationibus.

„Donationum autem *duo sunt genera, mortis causa,* et *non mortis causa.*"

welche Worte der Institutionen die Mortis causa donatio offenbar selbst als das *HauptGenus* und um so weniger als eine blosse Ausnahme von der Regel darstellen, als aus diesen Worten vielmehr eher umgekehrt eine Präsumtion für die *Hauptgattung* der Schenkung, die Mortis causa donatio, hervorgeht, welche Präsumtion sich auch dadurch rechtfertigen würde, dass die Römer, überhaupt keine Begünstiger der Schenkungen, diese am Ehesten noch auf den Todesfall statuirten.

b) Dass der Ausdruck *Donatio* nach *l.* 1 *pr. D.* 39, 5, *De donationibus* zunächst die Donatio inter vivos bezeichnet, liegt in dem Wesen des Römischen Begriffes, da Donatio nicht so sehr das blosse Schenkungsversprechen, als die unentgeltliche *Hingabe* einer Sache zum Eigenthum, die ad donum *datio* bezeichnet; woraus aber keine Präsumtion für diese Art der *Donatio* abgeleitet werden kann, und zwar im vorliegenden Falle um so weniger, als die Verstorbene weder in der Haupturkunde noch in den gerichtlichen Erläuterungen sich des Römischen Ausdruckes *Donatio,* oder auch nur des, diesem keineswegs völlig

gleichstehenden Deutschen Ausdruckes: *Schenken* bedient hat.

c) Wenn auch die Verstorbene sich über ihre wahre Willensmeinung nicht deutlich genug ausgesprochen hätte, so käme ihr doch die allgemeine Regel zu Statten, wornach im Zweifel immer die dem Redenden günstigere Ansicht festzuhalten ist.

L. 66 *D.* 5, 1, *De judiciis:* „Si *quis* intentione ambigua vel oratione usus sit id, quod utilius ei est accipiendum est.“

L. 56 *D.* 50, 17, *de Reg. jur:* „Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt.“

Diese allgemeine Regel des Römischen Rechts muss aber, wo ein *einseitiger LiberalitätsAct* in Frage steht, wie hier, um so mehr zu Gunsten der Handelnden Anwendung leiden, weshalb auch Schenkungen stets zu Gunsten der Schenker ausgelegt werden. Da nun aber, des Rechtes des Widerrufes wegen, die Annahme einer Schenkung auf den Todesfall für den Schenker weit vortheilhafter ist, als die Annahme einer Schenkung unter Lebenden, so geht daraus von selbst hervor, dass im Zweifel überall für jene entschieden werden muss, und dass diejenigen ältern Rechtslehrer Unrecht hatten, welche aus sehr unzureichenden Gründen das Gegentheil annahmen. (S. hierüber besonders auch: *Haubold,* de mortis causa donationum conjecturis ex mortis mentione capiendis, Opusc. Vol. 1, p. 439, spp. 57.)

d) Aber auch von diesen allgemeinen Regeln abgesehen und die Beschaffenheit des vorliegenden Rechtsgeschäftes ins Auge gefasst, kann es nicht verkannt werden, dass bei zweifelhafter Wortfassung der Geist des Ganzen die Annahme einer Schenkung von Todeswegen erfordert.

Erwägt man nämlich den im Römischen Rechte deutlich angegebenen leitenden Hauptgesichtspunkt, dass bei der Mortis causa donatio der Schenker das Geschenkte lieber selbst haben will, als dass es der Beschenkte erhalte, lieber, dass dieser es erwerbe, als der künftige Erbe; — §. 1 *J.* 2, 7, *de donationibus.*

> „Et in summa, mortis causa donatio est, *cum magis se quis velit habere, quam eum, cui donat; magisque eum, cui donat quam heredem suum;*" (S. a. *l.* 2 *D.* 39, 6, *De mortis causa donat.*) —

so geht aus dem ganzen Inhalte, sowohl der Haupturkunde als des Amtsprotocolles, hervor, dass die Verstorbene den wirklichen Erbtheil *nicht zum Nachtheile ihrer selbst*, sondern nur ihres dereinstigen Testamentserben und dessen Erben, ihren Geschwistern zuwenden wollte, dass sie in Beziehung auf diesen Erbtheil ihre Geschwister, die in Ermangelung der eignen Descendenz ohnehin ihre gesetzlichen IntestatErben waren, nicht lieber als sich selbst hatte, daher sie sich die lebenslängliche Disposition, die Verwendung in Nothfällen, oder zu vortheilhaften Ankäufen und Unternehmungen, auch selbst das Recht der Auswahl des eigentlichen Beschenkten unter den mehreren Geschwistern vorbehielt, dass sie aber die Geschwister, wenn auch nicht lieber hatte als ihren damals lebenden Mann, so doch lieber, als dessen Kinder aus einer zweiten Ehe, daher durch deren Geburt die Schenkung nicht kraftlos werden sollte, überhaupt lieber, als ihren demnächstigen etwanigen TestamentsErben und dessen Erben. Auch beweisen die schon oben angezogenen Verba enuntiativa der Haupturkunde ebenfalls, dass die Verstorbene bei ihrer

ganzen Disposition zuerst an sich und ihren damaligen Ehemann, und nur darnach auch an ihre Geschwister dachte; weshalb sie ausdrücklich bemerkt, dass sie *für sich* den väterlichen Erbtheil, jedoch unter den nachfolgenden Modificationen erwerben wolle. Demnach ist auch in dieser Hinsicht das Daseyn einer Mortis causa donatio und damit das Recht des Widerrufes vollständig nachgewiesen worden.

7. Was endlich die Frage betrifft, ob das vorliegende Rechtsgeschäft nicht mit grösserem Rechte ein *Erbvertrag*, als eine *Schenkung von Todeswegen* zu nennen sey, und aus *dem* Grunde ein Widerrufsrecht *nicht* stattfinde, so ist zunächst zu bemerken, dass das Römische Institut der Schenkung von Todeswegen nebst seinem Widerrufsrechte bei uns in Deutschland anerkannt und unbestritten Rechtens geworden ist, dass demnach den Deutschen Erbverträgen niemals eine solche Ausdehnung gegeben werden darf, wodurch die Schenkungen von Todeswegen in ihrer Eigenthümlichkeit gänzlich beseitigt würden. Diess wäre aber der Fall, wenn jeder Schenkungsvertrag auf den Todesfall als Deutscher Erbvertrag angesehen werden dürfte. *) Der Umstand, dass die Beschenkten hier die Geschwister und als solche die vermuthlichen nächsten IntestatErben sind, so wie dass die *väterliche* Erbportion Gegenstand der Schenkung ist, kann diese Schenkung noch nicht in

*) Die von *Schirach*, im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 2 p. 31, aufgestellte Ansicht, dass jede Mortis causa donatio schon nach Römischem Rechte ein ausnahmsweis gestatteter Erbvertrag sey, ist in spätern Darstellungen schon hinlänglich widerlegt und hier ohne allen Einfluss.

einen Erbvertrag verwandeln; zumal die Geschwister hier nirgends in ihrer Eigenschaft als nächste gesetzliche Erben auftreten und die väterliche Erbportion nicht als eine erst zu erwerbende, sondern als eine bereits erworbene Vermögensmasse in Betracht kommt. Imgleichen kann weder die schriftliche, noch die gerichtliche Form des Rectsgeschäftes für einen Erbvertrag entscheiden, da beide eben so sehr für die Schenkung von Todeswegen zeugen, auch das gemeinrechtliche Erforderniss leider noch sehr zweifelhaft und bestritten ist, so dass schon aus diesem Grunde aus der Beobachtung oder Nichtbeobachtung gewisser Formen hier überall kein sicherer Schluss möglich ist.

S. *Rössig*, erste Grundsätze des Deutschen Privatrechts, S. 351.

Eichhorn, Einleitung in das Deutsche Privatrecht, 2. Aug. §. 342.

Mittermaier, Grundsätze des Deutschen Privatrschts, 4. Ausg. §. 402.

„Einer *gerichtlichen* Errichtung und Bestätigung bedürfen erwerbende Erbverträge gemeinrechtlich nicht. Selbst die *schriftliche* Errichtung kann gemeinrechtlich nicht wesentlich genannt werden.“

Da nun der Deutsche Erbvertrag nicht bloss eine Successio in universitatem, sondern gleich dem Vermächtniss und der Schenkung von Todeswegen auch eine Successio in singulas res anerkannt begründen kann, so wird freilich immer die Frage auch für den vorliegenden Fall wichtig: *wodurch denn ein unwiderruflicher Erbvertrag von einer widerruflichen Schenkung von Todeswegen sich unterscheide?* Mit

Recht hat der neuste Schriftsteller über diese Frage:

Hasse, a. a. O. 3. Jahrg. 1. Hft. S. 13 ff,

den *innern materiellen Unterschied* geltend gemacht, dass heutiges Tages, wo bei uns nach der Reception des Römischen Rechts bei jedem Todesfalle regelmässig der Gesichtspunkt der Hereditas als einer Successio in universum jus eintritt, auch der Erbvertrag über specielle Gegenstände gleich dem Römischen Legate auf die Hereditas wesentlich bezogen werden müsse, so dass wie die Res legata als eine Res hereditaria zunächst der Erbschaftsmasse angehört und aus dieser heraustritt, so auch die durch Erbvertrag einem Dritten zugesicherte einzelne Sache; während die Res mortis causa donata, deren Austritt aus dem Vermögen schon bei Lebzeiten des Schenkers begründet und durch das frühere und ohne Widerruf erfolgte Ableben desselben nur bestätigt und befestigt wird, nicht in den Bereich der Hereditas fällt, welche letztere Ansicht auch ein anderer, nicht minder ausgezeichneter Schriftsteller gleichzeitig mit jenem geltend gemacht hat.

v. Schröter, a. a. O. S. 104 ff.

„Wer mortis causa schenkt, disponirt nicht für die Zukunft für den Fall seines Todes, sondern er schenkt, obgleich in Bezug auf denselben, in der Gegenwart. Die Vermögensvermehrung — wird daher sogleich erworben und begründet. — Dazu kam endlich die völlige Unabhängigkeit der Mortis causa donatio von der Hereditas. Diese zeigte sich vorzüglich darin, dass die Schenkung eine Freigebigkeit aus dem Vermögen

des Lebenden, nicht aus dem Nachlasse war etc. *)

Allein diese an sich richtige innere materielle Verschiedenheit zwischen Erbvertrag und Schenkung von Todeswegen beantwortet noch nicht die Frage, wie man *äusserlich* das eine Rechtsgeschäft von dem andern unterscheiden könne, welches doch namentlich in Betreff des Widerrufsrechtes von der grössten Wichtigkeit ist. Offenbar kann nun *dieses äussere Unterscheidungszeichen* nur in Folgendem gefunden werden. Wer über einen speciellen Gegenstand einen *unwiderruflichen Erbvertrag* schliessen will, *muss seine Absicht der Unwiderruflichkeit bestimmt erklären.* So lange dieses nicht geschehen ist, kann nur von einer *Schenkung von Todeswegen m.. dem gesetzlichen Rechte des Widerrufes* die Rede seyn. Nur in dieser Weise können beide Institute als neben einander bestehend gedacht werden, so wie denn auch hier schon die gemeinrechtliche und oben nachgewiesene InterpretationsRegel, dass in dubio *für den Schenker* gesprochen werden muss, es erfordert, dass im Zweifel die diesem günstigere Schenkung von Todeswegen und also ein Widerrufsrecht angenommen werde, so dass der Mangel eines solchen, und damit ein Erbvertrag nur da anzuerkennen ist, wo ausdrücklich auf dieses Widerrufsrecht Verzicht geleistet worden. Da nun im vorliegenden Falle von einer solchen

*) Ueber dennoch eintretende allmähliche positive Gleichstellung der Mortis causa donatio mit dem Legate ist zu vergleichen *v. Schröter*, a. a. O. S. 117. ff.

unbedingten, und mit ausdrücklicher Verzichtleistung auf das Widerrufsrecht verbundenen Verpflichtung der Verstorbenen nirgends die Rede ist, so kann hier auch ein Erbvertrag nicht mit Grund Rechtens behauptet werden. —

Demnach gibt Unterzeichneter das von ihm geforderte rechtliche Gutachten dahin ab:

dass aus den vorangeführten Gründen die verstorbene Frau Doctorin Gertrudh, geborene Nordhoff, früher verehelichte Hoff unterm resp. 17ten und 18ten Februar 1800 zu Gunsten ihrer Geschwister im Betreff ihres väterlichen Erbtheiles von 1500 Rthlr. *nicht eine Schenkung unter Lebenden*, sondern vielmehr *eine Schenkung von Todeswegen* errichtet hat, und dass sie deshalb vollkommen berechtigt war, diese ihre Schenkung von Todeswegen unterm 13ten Julius 1832 zu Gunsten ihres zweiten Ehemannes, des Herrn Dr. H. zu widerrufen.

Rostock, den 31. Mai, 1833.

Dr. Chr. Fr. Elvers.

II.

1. Ist der Miterbe, dem eine speciell verpfändete Sache zugetheilt worden, verpflichtet, die desfallsige Erbschaftsschuld ganz zu übernehmen?
2. Succedirt der Fiscus Jure hereditario in die Bona vacantia?

Zwei durch Einen Rechtsfall hervorgerufene Rechtsfragen, vom Herausgeber in einer RechtsDeduction beantwortet.

Nach der Verfassung des ehemaligen *Deutschen Ordens* bildete die Deutsche OrdensBalley *Sachsen* in Betreff ihrer bürgerlichen Vermögensverhältnisse eine für sich bestehende juristische Person mit einem abgesonderten Vermögen, welche durch ihre verfassungsmässigen Repräsentanten Schulden contrahiren und ihr Vermögen generell und speciell verpfänden konnte. Auf solchem Wege hatte u. a. auch die *von Lossowsche FamilienStipendienStiftung* in *Magdeburg* durch Darlehn eine rechtmässige Forderung gegen diese Balley erworben, zu deren Sicherheit ihr theils eine GeneralHypothek an dem gesammten BalleyVermögen, theils eine SpecialHypothek an der Commende *Berge* im Herzogthum Magdeburg constituirt worden war. — In Folge der Aufhebung des Deutschen Ordens durch das *Napoleonische Decret*, d. d. *Regensburg*, den 24. April 1809, und durch den *Wiener Frieden* vom 14. October 1809, wurden die im Königreiche *Westphalen* belegenen Commenden der DeutschOrdensBalley *Sachsen*

von Staatswegen eingezogen. Dieses hatte auch die Einziehung zweier, von der DeutschOrdens-Commende *Loclum*, im Königreich Westphalen, relevirender Güter in *Mecklenburg*, *Rosenhagen* und *Frauenmark*, zur Folge, welche demgemäss dem Herzoglich Mecklenburg-Schwerinschen Domanio einverleibt wurden. Aehnliche Einziehungen fanden auch in *Anhalt-Bernburg* Statt. Das gesammte Vermögen der OrdensBalley Sachsen ging also auf *Westphalen*, *Mecklenburg-Schwerin* und *Anhalt-Bernburg* über. Das der von Lossowschen FamilienStipendien-Stiftung speciell verpfändete Gut, die Commende *Berge*, fiel namentlich dem Königreich Westphalen anheim. — Wie nach Aufhebung des Königreiches Westphalen die Administratoren der Stiftung sich mit ihrer Capital- und Zinsforderung meldeten, entstanden verschiedene Differenzen über die Zahlungspflicht, theils zunächst zwischen denjenigen Staaten, auf welche diese vom Königreich Westphalen eingezogenen Güter der DeutschOrdensBalley Sachsen übergegangen waren, nämlich *Preussen*, *Hannover* und *Braunschweig*, theils aber auch zwischen diesen durch die Krone *Preussen* hierin vertretenen Regierungen einer Seits, *Mecklenburg-Schwerin* und *Anhalt-Bernburg*, wegen der auf sie gefallenen DeutschOrdensGüter, anderer Seits. Die Krone *Preussen* verlangte nämlich, dass auch diese Staaten nach Maassgabe des Werthes der eingezogenen Güter zu der gemeinsamen Schuld der OrdensBalley Sachsen gegen die von Lossowsche FamilienStipendienStiftung beitragen sollten; welches eine gerichtliche Verhandlung vor dem OberAppellationsGerichte zu *Lübeck*, als der von der hohen Bundesversammlung in

dieser Sache ernannten AusträgalInstanz zur Folge hatte.

Nach dieser gedrängten Darstellung der factischen Verhältnisse lassen wir nunmehr die von uns in dieser Sache ausgearbeitete Rechtsdeduction über die oben bezeichneten Rechtsfragen nachfolgen:

„Der Rechtsgrund, worauf sich die Einverleibung der in Mecklenburg belegenen Güter der aufgehobenen DeutschOrdensBalley *Sachsen* in das landesherrliche Domanium gründete, war die, wenigstens für das Grossherzogthum Mecklenburg-Schwerin damals, wie noch zur Zeit geltende Regel des gemeinen Römischen Rechtes, dass die Bona vacantia, zu welchen offenbar auch das von einer ausgestorbenen juristischen Person hinterlassene erblose Vermögen zu zählen ist, dem landesherrlichen Fiscus anheim fällt, so weit es in dessen Territorium belegen ist. Wie nun aber nach Römischem Rechte diese Successio des Fiscus in die Bona vacantia zu betrachten, ob nämlich der Fiscus als Heres anzusehen sey, oder nicht, ist seit Alters zwischen den Rechtsgelehrten sehr streitig gewesen; was um so wichtiger ist, je verschiedener im Allgemeinen die Folgen sind, welche aus dem einen oder andern Principe hervorgehen.

I.

Dass der Fiscus im Betreff der Bona vacantia *Heres* oder doch *Heredis loco* sey, behaupten u. a.:

Cujacius, ad leg. 4, C. 10, 10, De bon. vacant.;
Dionysius Gothofredus, ad leg. 128, §. 1, D. 50, 17.;
Tiraquellus, declarat. 15, n. 17;
Hilliger, in Doneilum, Lib. 9, Cap. 1. Lit. S.;
Sam. Stryk, Tract. de successione ab intestato, Lib. 5. Cap. 1, §. 46.

Koch, success. ab intestato, §. 118;

Joh. Chr. Majer, von der Succession des Fiscus, Absch. 2. §. 17 ff.;

Glück, IntestatErbfolge, §. 206.

Wenn man nun auch, durch solche berühmte Autoritäten veranlasst, die Richtigkeit dieser Behauptung vorläufig ohne Weiteres annehmen, und demnach behaupten wollte, dass die Gläubiger der Balley Sachsen jetzt wahre Staatsgläubiger seyen, indem sie sich, wie einst an die Balley selbst, so jetzt an deren, diese völlig vertretende Erben, nämlich an die das Vermögen in Besitz genommenen Regierungen, mit ihren persönlichen Klagen wenden könnten; so würde der Krone Preussen doch immer dasjenige entgegenstehen, was nach Römischem Rechte für den Fall gilt, wo mehrere Erben vorhanden sind und unter diesen Einer *im Besitze der dem Erbschaftsgläubiger speciell verpfändeten Sache ist.* Für diesen, hier vollständig eintretenden Fall bestimmt nämlich das Römische Recht, dass die im Uebrigen ipso jure eintretende Theilung der Erbschaftsschulden zwischen den mehreren Miterben wegfallen solle, sobald ein Pfand oder eine Hypothek vorhanden ist; indem alsdann der in den Besitz der verpfändeten Sache gelangte Miterbe von dem Gläubiger in solidum belangt werden könne und entweder zur Zahlung der ganzen Schuld, oder zur Herausgabe des Pfandes an den Gläubiger unbedingt verpflichtet sey, ohne dafür weder direct, noch indirect, durch KlagenCession, die Miterben in Anspruch nehmen zu können.

Dieses geht nämlich zunächst aus der Natur des zwischen den Miterben unter einander und

im Verhältniss zum Erbschaftsgläubiger bestehenden Rechtsverhältnisse hervor.

Als allgemeines Princip gilt freilich die Bestimmung, dass die Erbschaftsschulden an sich ipso jure unter den Erben pro parte hereditaria getheilt sind. Denn insofern jemand nicht Einen Heres, sondern mehrere Coheredes hinterlässt, vertreten diese nur in ihrer Gemeinschaft, und daher der Einzelne nicht in solidum, sondern nur pro rata, den Erblasser; weshalb also jeder auch nur als Coheres hinsichtlich seiner Rata in die Obligatio des Verstorbenen eingetreten ist. Es kann jedoch sowohl durch den Erblasser selbst, als durch die Erben ausdrücklich oder stillschweigend eine solche Anordnung getroffen werden, der zufolge ein einzelner Erbe, der an sich nur pro rata haftet, dennoch die ganze Schuld übernimmt, und demnach *seinen Miterben* zur Zahlung des Ganzen obligirt ist; wenn er gleich dem *Erbschaftsgläubiger* an sich nur pro rata schuldigt, und dieser daher nöthigenfalls auch die übrigen Erben auf ihre Raten belangen kann. Umgekehrt kann bekanntlich auch dasselbe Verhältniss hinsichtlich der Erbschaftsforderungen eintreten, an denen an sich jeder Erbe pro rata Antheil nimmt, welche Forderungen aber, was das Klagerecht und die Nutzbarkeit betrifft, durch den Erblasser sowohl, als durch die Erben selbst Einem übertragen werden können, dem, wie bei jeder andern Cession, der Schuldner, nach geschehener Anzeige, allein zu zahlen hat. — Einer besondern Verpflichtung des Erbschaftsgläubigers aber, seine Klage auf Zahlung der Schuld nicht zu theilen, sondern einen der Miterben in solidum zu belangen, wird es in der Regel nicht bedürfen; da die

Nothwendigkeit der Theilung der Klage gegen mehrere Erben ja eine drückende Last für denselben ist, von der er dadurch befreiet wird, dass er Einen allein auf das Ganze belangen darf. Jedoch genügt auf jeden Fall auch hier die blosse Anzeige, um eine Verpflichtung für den Gläubiger zu begründen, dass er Einen der verschiedenen Erben vorläufig solidarisch belange, sobald nur sein Recht unverkürzt bleibt, bei gar nicht, oder nicht vollständig erfolgender Zahlung die Uebrigen nachträglich pro rata in Anspruch zu nehmen. —

Eine Disposition dieser Art über eine Erbschaftsschuld, wornach Ein Miterbe die Zahlung derselben für alle übernimmt, liegt nun aber darin, dass die Sache, welche für die fragliche Schuld vom Erblasser speciell verpfändet worden ist und also das Onus der Schuld vorzugsweise trägt, einem der Miterben, vom Erblasser selbst oder in der Erbschaftstheilung, zugetheilt wird, und dieser sie ohne weitern Vorbehalt annimmt. Denn wäre namentlich bei der Erbschaftstheilung dieses nicht gemeint; so hätte der einzelne Erbe, wenn ihm eine obligirte Sache zugetheilt werden sollte, da er gleiche Behandlung mit den Uebrigen verlangen konnte, fordern müssen, dass die Sache zuvor durch Zahlung der Schuld aus der ungetheilten Masse von dem Onus des Pfandrechts liberirt werde. Wenn ihm nun aber der Betrag der Schuld zu Gute gerechnet, oder nur der reine Mehrbetrag der Sache angerechnet wird, so bedarf es einer solchen vorgängigen Liberirung der Sache durch gemeinschaftliche Zahlung der Schuld nicht, und der Erbe, welcher die verpfändete Sache ohne Weiteres angenommen, hat daher auch nicht nur das Pignus oder die

Obligatio rei als solche, sondern zugleich die Hauptschuld mitübernommen. Aus demselben Grunde ist auch zu behaupten, dass wenn der Erblasser selbst eine Theilung der Art angeordnet hat, er demjenigen, dem er eine Res obligata zugetheilt, zugleich auch die Verpflichtung aufgelegt hat, das auf der Sache lastende Debitum zu zahlen, ohne sich deshalb an den übrigen Erben erholen zu dürfen; es sey denn, dass auch hier, was bei einer an einen Extraneus legirten verpfändeten Sache schon von selbst eintritt, den übrigen Erben die vorgängige gemeinsame Ablösung der Schuld ausdrücklich zur Pflicht gemacht worden wäre. —

Diese aus der Natur des Rechtsverhältnisses mit Nothwendigkeit folgende Bestimmung wird nun auch durch ausdrückliche Gesetzesstellen bestätigt. Es besagt nämlich die

l. 2 C. 4, 16, *De hereditariis actionibus:*
„Pro hereditariis partibus heredes onera hereditaria agnoscere etiam in fisci rationibus placuit, *nisi intercedat pignus vel hypotheca; tunc enim possessor obligatae rei conveniendus est.*“

Zunächst zeigt der ganze Zusammenhang dieser Gesetzesstelle, dass der Nachsatz eine Beschränkung des Vordersatzes und also eine Ausnahme von der allgemeinen Regel der Verhaftung der Miterben pro hereditariis partibus enthalten soll, dass demnach der in Anspruch zu nehmende Possessor obligatae rei nicht ein Dritter, sondern Einer der Miterben ist, welcher durch seine solidarische Verhaftung die übrigen Erben von der Pflicht der Agnoscirung der Schuld pro hereditatis partibus liberirt. Widrigenfalls würde diese Stelle auch in Widerspruch treten mit dem

in anderen Stellen des Codex, — z. B. der l. 14 C. 4, 10; der l. 14 und 24 C. 8, 14, — ausgesprochenen Grundsatze, wornach dem Pfandgläubiger die freie Wahl zusteht, ob er zuerst mit der persönlichen Klage aus der Hauptobligation, oder mit der dinglichen Klage aus dem Pfandrecht klagen wolle. Ohnehin liesse schon nach dem Rechte des Codex, abgesehen von der spätern wirklichen Anordnung dessen durch die Nov. 4, c. 2, sich eher denken, dass der dritte Pfandbesitzer nach Analogie des Bürgen ein Beneficium excussionis hätte, nicht aber umgekehrt, dass der Hauptschuldner durch das Daseyn eines Pfandes von seiner Zahlungspflicht vorläufig liberirt und befugt werde, den klagenden Gläubiger von sich auf den Pfandbesitzer zu weisen. Zugleich ist es nicht unbeachtet zu lassen, dass in der Regel der Schuldner oder seine Erben auch Besitzer des Pfandes sind und nur ausnahmsweise, namentlich durch eine spätere Veräusserung, ein unbetheiligter Dritter Pfandbesitzer ist; so dass also auch schon aus diesem Grunde in den Worten: „tunc enim possessor obligatae rei conveniendus est,“ nur die bestimmte Anweisung des Gläubigers auf den das Pfand besitzenden Erben zu suchen ist, um diesen nicht nur als Pfandbesitzer, sondern auch als Hauptschuldner vorläufig allein zu belangen.

Wenn es nun aber auf solche Weise keinem Zweifel unterliegt, dass der einzelne Erbe durch den Besitz eines SpecialPfandes verpflichtet ist, die ganze auf demselben ruhende Schuldenlast, so lange das Gegentheil nicht ausdrücklich stipulirt ist, allein zu tragen; so kann dieses dadurch keine Aenderung erleiden, dass neben dem SpecialPfande noch ein GeneralPfand besteht.

Denn in subsidio sind die übrigen Erben schon ohnehin verpflichtet, und der Grund, warum der Besitzer des SpecialPfandes, das schon nach allgemeinen Regeln ja vorzugsweise haftet, die Schuld bis zum Belauf des Werthes der Sache zunächst zu tragen hat, tritt ja auch hier in demselben Umfange ein. —

Diese Grundsätze nun auf das vorliegende streitige Rechtsverhältniss angewandt, lassen es, — vorläufig zugegeben, dass die mehreren in die Bona vacantia der Balley Sachsen succedirenden Regierungen wirklich Heredum loco sind — nicht ungewiss, dass diejenige Regierung, welche in der Erbschaftstheilung den Besitz der unter der Erblasserin mit einem SpecialPfande belegten Commende *Berge* erhielt, des zugleich constituirten GeneralPfandes ungeachtet, verpflichtet ist, entweder die fragliche Schuld zu bezahlen, oder die Commende zum Behuf der Veräusserung an die Gläubigerin abzuliefern, ohne deshalb Schadloshaltung von den übrigen Regierungen fordern zu können; es sey denn, dass im ersten Falle sich ergebe, dass die Commende *Berge* mit allen ihren Pertinenzen zur Zeit der Erwerbung dem vollen Werthe der gezahlten Schuld nicht gleich käme, und die übrigen Miterben daher des Restes wegen pro rata verhaftet wären, was in substrato nicht als nur irgend wahrscheinlich betrachtet werden kann.

Besitzerin der Commende *Berge* wurde aber die Krone Westphalen. Wer diese jetzt vertritt, und in welchem Maasse, ist für Mecklenburg-Schwerin völlig gleichgültig; genug dass durch jene Besitzergreifung dieser Staat von der Zahlungspflicht hinsichtlich der auf die Commende *Berge* radicirten Schuld frei wurde. Ebenfalls

ist es für ihn gleichgültig, ob die Krone Westphalen die Pfandhaft durch einen staatsrechtlichen Act aufgehoben hat oder nicht, da sie selbst und ihre Successoren für ihre Handlungen und deren privatrechtliche Folgen verantwortlich sind. —

II.

Die Frage, ob nach gemeinem Römischen Rechte der in die Bona vacantia succedirende Fiscus Heres sey, oder nicht, ist von grossen praktischen Folgen. Um nur Eines zu gedenken, so können die Vertheidiger der ErbenQualität consequenter Weise nicht umhin, zu behaupten, dass auch der Fiscus nur dann von der Verpflichtung: ultra vires hereditarias zu haften, frei würde, wenn er von dem Beneficio inventarii Gebrauch gemacht; was dagegen andere Rechtsgelehrte gänzlich verwerfen, und was auch ausdrücklichen Gesetzesstellen, wie z. B. der L. 11. D. 49, 14, *De jure fisci*, durchaus zu widerstreiten scheint. Ueber die erstere Behauptung sind u. a. zu vergleichen:

Koch, succ. ab intestato, a. a. O.
Glück, IntestatErbfolge, a. a. O.
Mackeldey, heutiges Römisches Recht, 9. Ausg. B. 2, §. 630.

Der Hauptpunkt jedoch, welcher von der Beantwortung jener Frage abhängt, ist der, ob der Fiscus, dem die Bona vacantia eines Verstorbenen angefallen sind, „*in universum jus defuncti*“ succedirt sey, oder nicht? — Bekanntlich ist das Eigenthümliche der Hereditas die Successio in universum jus defuncti:

L. 62. D. 50, 17, De Reg. juris.
„Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum jus, quod defunctus habuerit.“

L. 128, §. 1, *D. e. t.*

„Hi, qui in universum jus succedunt, heredis loco habentur.“

Ist also der Fiscus Heres oder auch nur Heredis loco, so ist er der Nachfolger in das universum jus des Verstorbenen; widrigenfalls aber nicht, da beide Begriffe zusammenfallen. Unter der Successio in universum jus ist aber weit mehr, als eine blosse Succession in die nachgelassenen Güter als solche zu verstehen. Das eigentliche Jus hängt mit der rechtlichen Persönlichkeit zusammen. Während ein Theil desselben mit dem physischen Tode der Person erlöscht, nämlich der wesentlich an die physische Persönlichkeit gebundene, wie das Recht im Betreff der Ehe, des Niessbrauches u. s. w., dauert ein anderer und wichtigerer Theil möglicher Weise noch nach dem Tode fort, nämlich derjenige, welcher nicht an das physische Daseyn wesentlich geknüpft ist, sondern als ausgesprochener Wille, als Thatsache auch unabhängig von jenem fortleben kann, vorausgesetzt jedoch, dass sich ein neuer Träger dieses Willens, ein neuer Vertreter der That, *ein Erbe,* findet. In dem Erben lebt daher in allen solchen Beziehungen der Verstorbene fort; Erblasser und Erbe bilden Eine Person, stehen, wie die neuern Rechtslehrer sich ausdrücken, in einer *Unitas personarum;* wie auch schon Justinian auf ähnliche Weise dieses innige Verhältniss bezeichnet.

Novella, 48, *praef.*

„*Cum utique nostris videtur legibus unam quoddammodo esse personam*, heredis et ejus, qui in eum transmittit hereditatem.“

Dass der Erbe nicht immer sofort nach dem Ableben des Erblassers in dessen Persönlichkeit eintritt, schadet jener Annahme nicht, indem

bekanntlich die Hereditas jacens zunächst „defuncti personam sustinet", und auch „heres et hereditas tametsi duas appellationes recipiunt, *unius tamen personae vice funguntur.*" L. 34 D. 41, 1, De a. r. d. L. 2 D. 41, 3, *De usurp. et usucap.* Wo daher keine Successio in universum jus stattfindet, da kann auch von keiner Fortsetzung der Persönlichkeit des Defunctus die Rede seyn und da fallen auch alle Folgen einer solchen fortdauernden Persönlichkeit weg, was insbesondere auf die obligatorischen Verhältnisse den entschiedensten Einfluss haben muss. Hieraus erhellt nun auch schon im Voraus die Wichtigkeit der Frage für den gegenwärtigen Rechtsstreit, ob der Fiscus in die Bona vacantia als Heres succedirt oder nicht, zu deren Untersuchung wir uns daher nunmehr wenden.

Wenn der Fiscus nicht als Heres in das universum jus defuncti succedirt, so lässt sich eine Succession desselben in die Bona vacantia nur in der Art denken, dass die erblosen Güter, insofern sie noch als *Güter*, als *Bona*, Vortheile gewähren, also das nach Eincassirung der Forderungen und Befriedigung der Gläubiger übrig bleibende Reinvermögen an den Fiscus fällt. In diesem Falle ist und bleibt die Persönlichkeit des Verstorbenen erloschen; von einer fortdauernden Vertretung desselben ist nicht die Rede, und derjenige, auf den die Güter als solche gekommen sind, hat die Handlungen und Obligationen des Verstorbenen nicht zu vertreten. Dieses leidet auch dann keine Ausnahme, wenn demjenigen, dem der Reinertrag des Vermögens zufallen soll, die Regulirung der Schuldverhältnisse oder die Eincassirung der Forderungen und die Bezahlung der Schulden gesetzlich übertragen wird, um

das ihm zukommende Reinvermögen zu constatiren. Denn wenn ein solcher auch durch die ausdrückliche oder stillschweigende Annahme eines Antrages dieser Art sich den Gläubigern verpflichtet, sie aus der Masse zu befriedigen, so hängt doch diese Verpflichtung mit der des Verstorbenen selbst nicht weiter zusammen, indem zu der seither bestandenen Hauptverflichtung, welche nach dem Tode des Verstorbenen noch an der Masse selbst oder der Hereditas jacens haftet und eben deshalb nicht gleich mit dem Tode des Schuldners unterging, eine neue Verpflichtung quasi ex contractu aus der Uebernahme der unregulirten Masse hinzukommt.

Wenn demnach die Möglichkeit einer solchen verschiedenartigen Succession in den Nachlass eines Verstorbenen an sich in der Natur der Verhältnisse gegründet ist, so frägt sich nur, welche dieser beiden SuccessionsArten nach den Aussprüchen der Rechtsquellen hinsichtlich des Fiscus und der Bona vacantia wirklich eintritt?

Wenden wir uns zunächst bei der Beantwortung dieser Frage

A. zur Prüfung der hauptsächlichsten Gründe, welche diejenigen Rechtsgelehrten, die den Fiscus als Heres betrachten, für ihre Meinung anzuführen pflegen! —

1. Von *Cujacius*, ad legem 4, C. 10, 10; *Hilliger*, ad Donellum L. 9. c. 1. B., u. a. wird zur Begründung eines angeblichen Intestat Erbrechts des Fiscus im Betreff der Bona vacantia vor allen Bezug genommen auf

L. 114, §. 2 *D.* 30, *De legatis I.*

„Qui intestato decedit, et scit, bona sua ad fiscum perventura vacantia, fidei fisci committere potest.“

An diese Gesetzesstelle reiht sich an:

L. **96**, §. **2**. *D. e. t.*

„Quotiens lege Julia bona vacantia ad fiscum pertinent, et legata et fideicommissa praestantur, quae praestare cogeretur heres, a quo relicta erant.“

Allein diese Gesetzesstellen lassen sich zunächst eben so füglich mit der entgegengesetzten Ansicht vereinigen, dass dem Fiscus nur der Reinertrag des Vermögens ohne ErbenQualität zufällt. Denn da der Fiscus hier aus einem rein lucrativen Grunde erwirbt, auch im Zweifel stets contra Fiscum erkannt werden muss, so rechtfertigt es sich vollkommen, dass jeder, der noch irgend einen Anspruch auf die Nachlassenschaft aus einem Willensact des Verstorbenen abzuleiten vermag, damit gehört werden soll, und dass daher auch die Legatare und Fideicommissare so gut, wie die eigentlichen Gläubiger, von dem die Masse regulirenden Fiscus zu befriedigen sind. Daher heisst es auch in der l. 96, §. 1 cit. unbedingt, dass die Legate und Fideicommisse stets prästirt werden müssen, während doch, wenn statt der Testaments-, die *IntestatErbfolge* eintritt, der IntestatErbe die in einem Testamentum destitutum ohne CodicillarClausel angeordneten Vermächtnisse nicht anzuerkennen braucht; worin demnach zugleich ein indirecter Beweis liegt, dass der Fiscus *nicht* IntestatErbe sey. — Diese für jene Ansicht aus der l. 96 hervorgehende Schwierigkeit erkennt auch namentlich *Glück*, (IntestatErbfolge, §. 209, S. 377,) an, und sucht dieselbe dadurch zu entfernen, dass nach seinem Dafürhalten dieselbe nicht von wahren Bona *vacantia*, sondern von Bona *caduca* rede, nämlich von einem solchen Vermögen, das bereits dem

TestamentsErben deferirt, von diesem aber, weil er vor dem Antritt gestorben, oder es ausgeschlagen, nicht erworben worden sey, und bei dem die Aufrechterhaltung der Legate und Fideicommisse sich von selbst verstände. Hingegen was eigentliche Bona vacantia betreffe, so sey gegen *Stryk, Ludolff, Malblanc* u. a. anzunehmen, dass der Fiscus nur *durch die Codicillarclausel* zur unbedingten Zahlung aller Vermächtnisse verpflichtet werden könne: — eine Annahme, wozu die Ansicht von der ErbQualität des Fiscus freilich unerlässlich nöthigt. — Allein wenn auch im ältern Rechte die Regel galt: „Caduca „cum suo onere fiunt, ideoque libertates et legata „et fideicommissa salva sunt“ (*Ulpiani fragm.* T. 17, §. 3); so hat dieses doch hier keinen Einfluss; weil die l. 96 ausdrücklich von Bona *vacantia* redet, diese auch mit den Bona caduca nicht als synonim genommen werden dürfen, indem das Recht des Caducum durch die l. *un.* C. *de caduc. toll.* aufgehoben worden ist, und die Aufnahme einer antiquirten practisch unbrauchbaren, Stelle in die Pandekten nicht vermuthet wird, daher die Worte *Glücks:* „Es lässt sich also „von jener l. 96 hier bei der Succession des „Fiscus in die erblosen Güter eines Verstorbenen „kein Gebrauch machen,“ keinesweges gebilligt werden dürfen. Vergleicht man auch dasjenige, was in *Ulpians Fragmenten*, Tit. 28, §. 7 über den Ursprung des fiscalischen Rechtes berichtet wird, in den Worten:

„Et si nemo sit, ad quem bonorum possessio pertinere possit, aut sit quidem, sed jus suum omiserit, populo bona deferuntur ex lege Julia caducaria“;

so sieht man leicht, wie die Lex Julia caducaria

nicht bloss über *Bona caduca*, sondern auch über eigentliche *Bona vacantia* Verfügungen enthielt. Diess wird völlig einleuchtend, wenn man dasjenige vergleicht, was derselbe *Ulpian* über den Begriff des alten Caducum anführt: *Fragmente*, Tit. 17, §. 1:

„Quod quis sibi testamento relictum, ita ut jure civili capere possit, aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur, veluti cecidit ab eo: verbi gratia, si coelibi, vel Latino Juniano legatum fuerit, nec intra dies centum vel coelebs legi paruerit, vel Latinus jus Quiritium consecutus sit; aut si ex parte heres scriptus, vel legatarius ante apertas tabulas decesserit, vel pereger factus sit.“

Hieraus erhellt nicht nur, dass der von *Glück* aufgestellte, oben angedeutete Begriff des Caducum viel zu weit sey, sondern insbesondere auch, dass diejenigen Bona, die wegen eines mangelnden Bonorum possessor ex lege Julia caducaria dem Populus deferirt worden, nie *caduca* genannt werden konnten, daher auch nicht den bei diesen eintretenden Regeln unterworfen waren, sondern als Bona *vacantia* ihre eigenthümlichen Regeln hatten. Somit ist also erwiesen, dass die hinsichtlich der Legate und Fideicommisse bei den Bona vacantia geltenden Bestimmungen nicht *für*, sondern vielmehr *gegen* die Intestat-ErbenQualität des Fiscus sprechen.

2. Andere gründen das Erbrecht des Fiscus darauf, dass derselbe theils nach der Lex, theils nach dem Edict unmittelbar zur Hereditas und Bonorum possessio berufen werde. So z. B.

Tiraquellus, declar. 15.
Stryk, de success. ab intestato, L. 5, c. 1, §. 46.

Man beruft sich dabei vorzüglich auf folgende Gesetzesstellen:

L. 5. *C.* 10, 10, *De bonis vacant.*
„Si vacantia vel alio modo bona delata legibus ad aerarium perhibeantur, etc.“ —
L. 2, *in f. D.* 38, 9, *De successorio edicto.*
„Igitur fisco vacantia bona recte deferri placuit.“

Diese Gründe bedürfen kaum einer Widerlegung. — Freilich hat die Lex Julia caducaria bestimmt: wenn kein Erbe vorhanden, „populo bona deferuntur,“ (*Ulpiani* fragm. T. 17, §. 1), und spätere kaiserliche Constitutionen haben diese Bestimmung theils gleichfalls in Beziehung auf das Aerarium, theils in Beziehung auf den Fiscus wiederholt.

L. 1 *und L.* 4 *C.* 10, 10, *De bonis vacant.*

Allein daraus folgt nicht entfernt, dass der Fiscus, weil sein Recht auf einem Gesetze beruhet, nun *gesetzlicher Erbe* sey. Vielmehr heisst es ja gerade umgekehrt, z. B. in der angezogenen *L.* 1 *C.* 10, 10, *De bon. vacant.*

„Scire debet gravitas tua, intestatorum res, *qui sine legitimo herede decesserint,* fisci nostri rationibus vindicandas.“

und *L.* 4. *C. e. t.*

„Vacantia mortuorum bona tunc ad fiscum jubemus transferri, *si nullum ex qualibet sanguinis linea, vel juris titulo legitimum reliquerit intestatus heredem.*“

Hierin liegt die bestimmteste Anerkennung, dass der Fiscus, der nur eintreten soll, wenn

jemand „*sine legitimis heredibus*" gestorben, „*si nullum ex quolibet juris titulo legitimum reliquerit intestatus heredem*," selbst nicht *legitimus heres* seyn kann.

Allein auch was die Bestimmungen, in Betreff der prätorischen Delation betrifft, so folgt aus ihnen keinesweges, dass der Fiscus wenigstens als Bonorum possessor ab intestato anzusehen, und daher in dieser Eigenschaft doch Heredis loco sey. Denn *Ulpian* sagt ausdrücklich, Tit. 28, §. 7: „Et si nemo sit, *ad quem bonorum possessio pertinere possit*, — populo *bona* deferuntur *ex lege Julia caducaria*." Hierin liegt ja ebenfalls das ausdrückliche Zeugniss, dass von einer Bonorum possessio nicht die Rede seyn kann, und dass die Delation *der Bona* nicht vom Prätor, sondern von der Lex ausgeht. — Auch die angezogene L. 2. D. 38, 9, *De successorio edicto*, redet ebenfalls von keiner Bonorum possessio, sondern auch nur davon, dass wenn keine Bonorum possessores, „fisco vacantia bona recte deferri placuit." Daher ist es auch ganz ungegründet, wenn einige Rechtslehrer behaupten, dass der Prätor den Fiscus „in das Edictum successorium aufgenommen habe," und darauf das Recht der Bonorum possessio gründen wollen. — Denn auch aus der, zu dem Ende mit angezogenen *L.* 1, *pr. D. e. t.* folgt Solches keinesweges. Es heisst dort:

„Successorium edictum idcirco propositum est, ne bona hereditaria vacua sine domino diutius jacerent, et creditoribus longior mora fieret. E re igitur Praetor putavit *praestituere tempus his, quibus bonorum possessionem detulit, et dare inter eos successionem*, ut maturius possint creditores

scire, utrum habeant, cum quo congrediantur, an vero bona vacantia fisco sint delata, an potius ad possessionem bonorum procedere debeant, quasi sine successore defuncto."

Dass nun aber dem Fiscus vom Prätor eine Erklärungsfrist gesetzt werden konnte, wird hier nirgends gesagt und ist auch an sich wohl nicht denkbar; abgesehen auch davon, dass nach allgemeinen gesetzlichen Regeln der Fiscus schon ohnehin für Bona vacantia *nuncianda* eine *vierjährige* Frist hatte, hinsichtlich der Bona *nunciata* aber an gar keine Frist gebunden war. Stellte der Prätor demnach dem Fiscus keine Frist, so war derselbe auch nicht Bonorum possessor, und nicht dem successorium edictum unterworfen. Wenn aber die für die Bonorum possessores gestellten Fristen ungenutzt abgelaufen waren, so konnten die Creditoren allerdings wissen, dass das Vermögen, je nachdem es solvent war, oder nicht, nunmehr dem Fiscus zufiel, oder ihnen zur *Possessio bonorum* und zum Verkaufe überlassen blieb. Dass es jedoch in Beziehung auf den letzten Fall in der angezogenen Stelle schliesslich noch heisst: „*quasi sine successore defuncto*", ist von keiner Bedeutung. Denn dass der Fiscus, wenn er den Besitz des erblosen Vermögens ergreift, *Successor* des Verstorbenen sey, in so weit die einzelnen Güter als solche in Betracht gezogen werden, leidet eben so wenig einen Zweifel, als dass der Käufer Successor des Verkäufers wird; allein der blosse Successor ist noch kein *Heres*, kein Successor *in universum jus.* —

Demnach sprechen auch alle diejenigen Stellen, welche für eine ausdrückliche Verleihung der Hereditas oder Bonorum possessio ab inte-

stato an den Fiscus angeführt werden, gerade umgekehrt dafür, dass er nicht Heres legitimus, und nicht Bonorum possessor sey.

3. Noch Andere berufen sich endlich darauf, dass die Succession des Fiscus zu dem Zwecke eingeführt worden sey, „damit, wenn auch gleich „der Verstorbene keinen eigentlichen Erben hin„terlässt, doch dessen ungeachtet des Verstor„benen rechtliche Verhältnisse bestehen bleiben „und durch den succedirenden Fiscus aufrecht „erhalten werden könnten.“

Glück, Intestaterbfolge, §. 206.
Joh. Christ. Majer, von der Succession des Fiscus. Absch. II, §. 17. ff.

Allerdings ist es ein anerkanntes Princip der Römischen civilrechtlichen und prätorischen Gesetzgebung, möglichst Sorge zu tragen, dass jeder Verstorbene einen Successor habe; woraus die Bestimmungen der Lex Falcidia und manche ähnliche im älteren Rechte hervorgegangen sind. — Auch ist es nicht ganz unwahrscheinlich, dass dieses Princip die Delation der Bona vacantia an den Populus oder Fiscus wenigstens mit veranlasst habe. Allein der *Successor* muss darum nicht nothwendig ein Heres, oder Heredis loco seyn, indem die nothwendige Regulirung der Schuldverhältnisse des Verstorbenen, wie oben gezeigt worden ist, auch durch einen solchen Successor in die Bona defuncti geschehen kann, der nicht Heredis loco ist. Freilich ist nicht in Abrede zu stellen, dass ein solcher Successor im engern Sinne den Interessen des Defunctus mehr entspricht, und daher die Römische Gesetzgebung auch vorzugsweise auf Begünstigung dieser Arten von Successionen bedacht war.

§. 2. *J.* 3, 10, *De bonor. possession.*
„Adhuc et alios complures gradus Praetor fecit *in bonorum possessionibus dandis, dum id agebat, ne quis sine successore moreretur.*“

Allein daraus folgt nicht, dass die Römische Gesetzgebung nun auch den Fiscus, dem die Bona nur im Nothfalle, wenn kein Heres oder Bonorum possessor vorhanden war, deferirt wurden, als Heres angesehen habe. Vielmehr widerstreitet selbst die angezogene Institutionen-Stelle dem aufs Entschiedenste. Denn wenn der Populus oder Fiscus Heres oder Heredis loco waren; wozu dann die Sorge des Prätors, möglichst viele Personen, wie die entferntern Cognaten, den überlebenden Ehegatten u. s. w. zur Bonorum possessio hinzuziehen, „*ne quis sine successore moreretur,*“ da ja der Fiscus, an den in Ermangelung des Heres legitimus die Bona vacantia fielen, Successor in diesem engern Sinn, oder Heres, ward?

Erwägt man nun noch, welche Folgen es für den Fiscus haben würde, wenn er in perpetuum der Erbe aller derjenigen physischen und juristischen Personen seyn müsste, deren erblose Güter zu irgend einer Zeit ihm angefallen sind oder noch künftig anfallen werden, — wenn also alle die ausgestorbenen Familien, Corporationen u. s. w. im Fiscus noch mit einer gewissen Persönlichkeit in perpetuum fortlebten; so ist es rein unmöglich, anzunehmen, dass die Römische Gesetzgebung jemals ein solches Princip hätte einführen können. Diejenigen, welche behaupten konnten, *dass die rechtlichen Verhältnisse des Verstorbenen bestehen bleiben, und durch den succedirenden Fiscus aufrecht erhalten werden*

sollten, haben daher unstreitig nicht bedacht, welche nie zu tragende Last sie auf den Fiscus wälzten, da mit ihm jene Verhältnisse nicht nur in perpetuum fortleben, sondern auch durch das tägliche Hinzukommen neuer erbloser Güter ins Unendliche erweitert werden müssten, so dass die fortwährende Aufrechterhaltung derselben durch den Fiscus rein ins Reich der Unmöglichkeit und Absurdität gehört.

Demnach geht auch aus der Berücksichtigung der Römischen Bestimmungen über die Fortsetzung der Rechtsverhältnisse des Verstorbenen durch Erben gerade das Gegentheil des Behaupteten hervor, nämlich, dass der in die Bona vacantia succedirende Fiscus unmöglich als Erbe angesehen werden kann.

B. Sind nun auf solche Weise die Hauptgründe derjenigen Rechtslehrer widerlegt, welche die IntestatErbenQualität des Fiscus behaupten; so wird es nun auch erforderlich, die hauptsächlichsten Gründe anzuführen, welche ausser den früher beigebrachten positiv darthun, dass der in die Bona vacantia succedirende Fiscus *nicht* Erbe sey, sondern vielmehr ein SuccessionsRecht der früher angedeuteten Art habe, kraft dessen ihm an sich nur das Reinvermögen gesetzlich zufalle, eine Verpflichtung aber zur Befriedigung der Gläubiger aus der Masse für ihn nicht aus dem SuccessionsVerhältnisse selbst, sondern nur aus der Ansichnahme der ganzen Masse, und daher quasi ex contractu hervorgehe.

Als solche Gründe stellen sich vorzüglich folgende dar:

1. Ausdrückliche Gesetzesstellen sprechen dem Fiscus nur das Reinvermögen zu.

L. 11. *D.* 49, 14, *De jure fisci.*

„Non possunt ulla bona ad fiscum pertinere, nisi quae creditoribus superfutura sunt: id enim bonorum cujusque intelligitur, quod aeri alieno superest.

L. 4, *in m. C.* 12, 5, *De praepositis sacri cubiculi, etc.*

„Intestatorum vero nemo dubitet *facultates*, utpote sine legitimis successoribus defunctorum, fisci juribus vindicari.“

Aus der ersten Stelle, der l. 11. D., ersieht man, dass überall, wo dem Fiscus als solchem Bona zufielen, nur das Reinvermögen gemeint war, und der Abzug der Schulden sich von selbst verstand, nach dem bekannten Grundsatze in

L. 39, §. 1, *D.* 50, 16, *De V. S.*

„Bona intelliguntur cujusque, quae deducto aere alieno supersunt.“

Dieser allgemeine Grundsatz trat nun insbesondere auch hinsichtlich der Bona vacantia ein, was theils aus der entschieden allgemein lautenden Fassung der L. 11 cit.: „non possunt *ulla* bona *etc.*“; theils aus dem in der L. 4, C. 12, 5, gebrauchten Ausdruck: *Facultates*, hervorgeht, der überall nur das wirkliche, nach Abzug der Passiva übrigbleibende Vermögen bezeichnet.

S. *Brissonius*, De verborum, quae ad jus pertinent, significatione, s. h. v.

Vom Heres aber kann nie gesagt werden, dass ihm nur die Facultates, oder die eigentlichen Bona, quae deducto aere alieno supersunt, zustehen. Ihm fällt das ganze Jus, die ganze Universitas defuncti mit allen s. g. Activis und Passivis zu, und wenn er dennoch nicht ultra vires hereditarias haftet, so geschieht diess nur ope exceptionis, in Folge des Beneficium inven-

tarii, von dem beim Fiscus nie die Rede ist, noch seyn kann.

Da nun aber dem Fiscus ipso jure das Reinvermögen des ohne Erben Verstorbenen zufällt, so steht ihm auch das Recht zu, dieses durch sofortige Besitzergreifung der ganzen Vermögensmasse auszumitteln und herzustellen, nur dass er durch diese Besitzergreifung sich den Gläubigern quasi ex contractu zur Zahlung obligirt, wie ja auch der Heres aus der Hereditatis aditio den Legatarien quasi ex contractu für seine eigne Person obligirt wird. Ob die Gläubiger sich übrigens sofort, oder erst später melden, ist an sich gleichgültig, indem der Fiscus auch später noch Zahlung leisten muss, weil durch jede Forderung der Umfang des Reinvermögens gesetzlich beschränkt wird und kein Aes alienum dem Fiscus zukommt.

2. Während das Recht des Heres an sich *stets* begründet ist, mag eine Hereditas damnosa vorliegen, oder lucrativa; ist das Recht des Fiscus nur dann begründet, wenn ein Reinvermögen, wenn wahre Bona oder Facultates vorhanden sind. Liegt es demnach vor, dass das Vermögen insolvent ist, die Passiva der Masse grösser sind, als die Activa; so braucht auf den Fiscus keine Rücksicht genommen zu werden, und es kann daher den Gläubigern sofort der Besitz des Vermögens zum Behuf des Verkaufes eingeräumt werden.

L. 1. §. 1. *D.* 49, 14, *De jure fisci.*

„An bona, quae solvendo non sint, ipso jure ad fiscum pertineant, quaesitum est. *Labeo* scribit, etiam ea, quae solvendo non sint, ipso jure ad fiscum pertinere. Sed contra

sententiam ejus Edictum perpetuum scriptum est, quod ita bona veneunt, si ex his fisco adquiri nihil possit.“

Hier wird also ausdrücklich das ganze Recht des Fiscus nur auf die *Bona, quae solvendo sunt*, bezogen, und daher im entgegengesetzten Falle das sofortige VerkaufsRecht der Gläubiger anerkannt, was mit der Annahme eines gewöhnlichen Erbrechts unvereinbar ist. — Hiemit stimmt auch die vorhergenannte l. 11, D. e. t. genau überein.

3. Ungeachtet das Römische Recht in der Aufzählung der Acquisitiones *per universitatem* (wie wir namentlich aus den Institutionen §. 6, J. 2, 9 und Lib. 3, Tit. 11 — 13 sehen,) höchst sorgfältig ist, so wird doch niemals der Erwerb der Bona vacantia von Seiten des Fiscus hierher gezählt; woraus ebenfalls zu schliessen ist, dass das Römische Recht hier keine Successio per universitatem annahm.

4. Dieses wird auch durch solche Stellen unserer Rechtsquellen, bestätigt, in denen zwischen einem *Erbrechte* und dem *Rechte auf die Bona vacantia* des Fiscus unterschieden wird. So heisst es in der, ihrer anscheinend schwierigen Erklärung wegen berühmten

L. 10. C. 3, 28, De inofficioso testamento:
„Si heredum Quintiniani, quem patrem tuum esse dicis, adversus quos de inofficioso testamento acturus eras, *jure successionis bona ad fiscum pertinent, vel ipsius Quintiniani bona, utpote vacantia, fiscus tenet:* causam apud Praetorem nostrum agere potes.“

Diesem Rescripte liegt offenbar der Fall zum Grunde, dass jemand die Herausgabe seiner väterlichen Erbschaft vom Fiscus forderte, welche

an diesen, wie der Kaiser statuirt, aus zwei Gründen hat kommen können, nämlich entweder aus dem Grunde, dass der Fiscus die TestamentsErben des Vaters, gegen welche der Sohn die Querela inofficiosi testamenti anstellen wollte, *förmlich beerbt hat*, in welchem Falle der Sohn die Querel auch gegen den Fiscus, als den Erben der TestamentsErben, anstellen kann, — oder aus dem Grunde, dass der Fiscus unmittelbar die Güter des ab intestato verstorbenen Vaters als Bona vacantia eingezogen hat, wähnend, dass kein IntestatErbe vorhanden sey. Tritt nun hinterher Jemand auf, welcher der eheliche Sohn des Verstorbenen zu seyn behauptet, so hat dieser seinen Status gegen den Fiscus geltend zu machen, und gegen diesen demnach überhaupt das Daseyn der Bona vacantia, oder den Mangel eines IntestatErben zu bestreiten. Entscheidend ist dieses Rescript für uns deshalb, weil hier ausdrücklich zwischen den Bona, quae jure successionis ad fiscum pertinent, und den Bona vacantia unterschieden wird, — ein sicherer Beweis, dass bei letztern kein eigentliches Successions- oder Erbrecht statuirt worden ist.

5. Wollen wir auf den Grund der Gesetzgebung zurückgehen, so lässt sich für die *Erben-Qualität* des Fiscus, wie oben gezeigt worden ist, kein vernünftiger Grund anführen; wohl aber für seine Succession in das *Reinvermögen*. Um diese Ratio des Gesetzes richtig aufzufassen, dürfen wir zunächst nicht übersehen, dass sowohl *Ulpians fragmente*, Tit. 28, §. 7, als auch verschiedene spätere Kaiserliche Gesetze (wie z. B. die l. 5. C. Theodos. 10, 9 und die l. 5, C. Justin. 10, 10, *De jure fisci*), nicht vom Fiscus, sondern theils vom *Populus*, theils vom

Aerarium reden. Dieser anscheinende Widerspruch erklärt sich jedoch zur Genüge dadurch, dass die *Lex Julia caducaria*, wie wir aus *Ulpian* ersehen, die Bona vacantia dem Populus, und also dem Aerarium deferirte, die Vermögensrechte des Populus und Aerarium aber in den kaiserlichen Provinzen dem Caesar und Fiscus anheim fielen, Justinian endlich die Rechte des Aerarium überall auf den Fiscus übertrug, und die Ausdrücke Aerarium und Fiscus als synonim ansah; jedoch zur grössern Sicherung der Rechte des Fiscus durch die Verfasser der Pandekten und des Codex statt des Ausdruckes Aerarium und Populus in den meisten und wichtigsten Stellen den Ausdruck Fiscus und Caesar setzen liess. So erklärt es sich, warum die *Lex Julia caducaria* nach der *l.* 96. §. 1. *D.* 30, die Bona vacantia dem *Fiscus* zuerkannte, nach *Ulpians*, 28, 7, aber dem *Populus*. — Ist nun auch diese Verschiedenheit für die praktische Anwendung zunächst ohne Bedeutung, so wird sie doch insofern mittelbar auch für diese wichtig, wenn es sich um die richtige Auffassung der Ratio legis handelt. — Ein Hauptzweck der Lex Julia caducaria, die Vermehrung der Einkünfte des Aerarium, liegt auch den Bestimmungen derselben über die Bona vacantia einfach zum Grunde; sobald diese in der Art aufgefasst werden, dass nur das übrigbleibende Reinvermögen eines ohne Erben Verstorbenen dem Aerarium zufallen sollte. Würde man hingegen die fortdauernde Aufrechterhaltung der Rechtsverhältnisse der Unbeerbten als Zweck dieser Bestimmung der Lex Julia caducaria ansehen, so stünde dieser Zweck, abgesehen von allen andern Einwendungen, mit den anderweitigen Bestimmungen derselben Lex durch-

aus in keinem Zusammenhange, ja widerstritte denselben zum Theil, indem das ganze Recht der Caducität offenbar nicht auf die Aufrechterhaltung der Rechtsverhältnisse Verstorbener gerichtet ist.

6. Zum Ueberflusss ist noch bemerklich zu machen, dass viele der angesehensten älteren und besonders der neueren Rechtslehrer sich auf's Entschiedenste gegen die ErbenQualität des Fiscus erklärt haben. Finden sich nun gleich bei manchen derselben über die Ratio dieses fiscalischen Rechtes an den Bona vacantia, als erblosem Reinvermögen, schwankende oder irrige Ansichten, namentlich im Betreff einer unbegründeten Einmischung der Lehre von der Occupation herrenloser Güter; so hebt dieses doch ihre Auctorität in Beziehung auf den Hauptpunkt, *dass kein Erbverhältniss stattfinde*, nicht auf. — In die grosse Zahl derjenigen Rechtslehrer, welche das Erbrecht des Fiscus durchaus in Abrede stellen, gehören u. a. folgende:

Perez, Comment. ad Codic. Tit. *De hered. Decur.* n. 1.

Borcholt, De gradib. p. 264.

Afflictus, ad c. *un. Quae sint Regalia.* §. *Bon. vac.* n. 20.

Peregrinus, decisiones, T. 3, n. 24.

Engelbrecht, observationes, obs. 79.

Müller, promptuarium juris, T. 1. p. 688.

Höpfner, Commentar über die Instit. §. 703.

Weber, Erläuterungen der Pandekten. Th. 2, §. 1661.

Schweppe, Römisches Recht, 3. Ausg. §. 981, b.

v. WeningIngenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, 3. Aufl. B. 2. §. 440.

Seuffert, prakt. Pandektenrecht, B. 3. §. 563.

C. Wenn demnach durch die bisherige Ausführung (sub A. u. B.) dargethan ist, dass der Fiscus durch die Succession in die Bona vacantia nicht Erbe wird und also nicht in das universum jus defuncti succedirt, sondern nur das Reinvermögen des ohne Erben Verstorbenen nach Abzug aller Schulden erwirbt; so kann es von diesem genommenen Standpunkte aus nicht schwer werden, darzuthun, dass, wenn heutiges Tages statt Eines Fiscus mehrere succediren, und einer derselben ein speciell verpfändetes Gut kraft seines Rechtes zu sich nimmt, ihm zugleich die auf diesem Gute haftende Schuld vorzugsweise zufällt, so dass den übrigen Regierungen ein Beneficium excussionis zusteht, mag ausserdem ein GeneralPfand bestellt worden seyn oder nicht. — Dieses erhellt aus folgenden Betrachtungen:

1. Seit Alters ist von der Mehrzahl der Rechtslehrer angenommen und in der Praxis einstimmig anerkannt worden, dass, was zunächst die unbeweglichen Güter betrifft, jeder Fiscus den Theil des vacanten Vermögens sich aneignen dürfe, welcher innerhalb Landes belegen sey. Was dagegen die beweglichen Güter betrifft, so sind diese freilich früher gewöhnlich dem Fiscus des Domicilii zugesprochen worden;

Stryk, tract. de succes.. ab intest. L. V, c. 1, §. 47,

allein die neuere Theorie und Praxis hat auch hinsichtlich ihrer dasselbe Princip, was bei den unbeweglichen gilt, meistens eintreten lassen.

Pufendorf, observat. jur. univ. Tiv. III, Obs. 14, §. 22.

Koch, success. ab intestato, §. 120.

Müller, promptuar. jur. nov. T. 1. p. 688.

Sobald man den falschen Gesichtspunkt eines Erbrechtes entfernt, kann auch nicht bezweifelt werden, dass jedem Fiscus der in seinem Territorium belegene Theil des vacanten Vermögens ipso jure zufalle, wie denn dieser Grundsatz in gegenwärtiger Rechtssache auch nicht bestritten worden ist.

2. Die verschiedenen Regierungen, welche in ein und dasselbe vacante Vermögen succediren, sind, wenn von keinem Erbrecht hier die Rede seyn kann, zunächst auch nicht als *Miterben* zu behandeln; weshalb die Regeln des Judicium familiae herciscundae hier keine Anwendung leiden. Allein auch eine anderweitige s. g. Communio incidens ist an sich zwischen ihnen nicht begründet. Denn zu dem Ende fehlt das wesentliche Erforderniss, nämlich die Res communis selbst. Als solche kann nämlich das vacante Vermögen nicht angesehen werden, indem es nicht eine juristische Einheit, eine Universitas, bildet. Nur insoferne eine *Successio in universum jus defuncti* in Frage steht, kann auch von einer *Universitas defuncti* die Rede seyn, indem alsdann die eintretende Succession des Erben alle einzelnen Res hereditariae innerlich und juristisch zu einem Ganzen verbindet, das, verschieden von den Einzelnheiten, als Ganzes, als Hereditas erscheint, und selbst die Person des Verstorbenen zu vertreten im Stande ist. Mit der Successio ins universum Jus fällt jedoch dieses juristische Band, welches die Güter zu einer Universitas vereinigte, weg, und es bleibt eine bloss äusserliche und factische Gütermasse übrig, aus Sachen und Rechten bestehend und höchstens dadurch noch in einer zufälligen rechtlichen Verbindung bleibend, dass alle einzelnen Güter der Masse

vielleicht wieder Einem Herrn zufallen. Tritt dieses aber nicht ein, so hört auch diese zufällige Verbindung auf. Die verschiedenen Regierungen, welche von ihren fiscalischen Rechten Gebrauch machen, treten daher dadurch, dass sie die in ihren Territorien belegenen Güter einziehen, an sich in keine Rechtsgemeinschaft, weil diese Güter nur noch als Res singulae, und nicht als Partes universitatis angesehen werden können.

3. Diese Regel leidet nun aber insofern eine Ausnahme, als *Schulden* auf dem vacanten Vermögen haften, indem durch sie allerdings eine gewisse Gemeinschaft unter den verschiedenen Fisci herbeigeführt wird. Um aber diese Art der Gemeinschaft richtig zu würdigen, muss zunächst die eigenthümliche Veränderung erwogen werden, welche die Schulden eines Verstorbenen dadurch erleiden, dass kein Erbe seine Persönlichkeit fortsetzt, sondern das Vermögen als erblos dem Fiscus zufällt.

Die eigentliche Schuld selbst ist ihrer persönlichen Seite nach, mit dem Tode des ohne Erben verstorbenen Schuldners erloschen, eben weil die Persönlichkeit des Verstorbenen durch keinen Erben repräsentirt wird und sobald der Mangel der Beerbung entschieden ist, auch von einer, die Person des Verstorbenen vertretenden Hereditas jacens nicht die Rede seyn kann. Darum ist aber die Forderung des Gläubigers nicht gänzlich vernichtet und nutzlos geworden, sondern hat nur vielmehr von selbst einen dinglichen Charakter erhalten, indem jetzt das *nachgelassene Vermögen als solches* dem Gläubiger haftet; wie denn auch aus der oben angezogenen Gesetzesstelle erhellt.

L. 11. *D.* 49, 14, *De jure Fisci:*

„Non possunt ulla bona ad fiscum pertinere *nisi quae creditoribus superfutura sunt;* id enim bonorum cujusque intelligitur, quod aeri alieno superest.“

Dieses bestätigt auch die in einem ganz analogen Falle geltende gesetzliche Bestimmung der *L.* 17, *D. e t.*

„In summa sciendum est, omnium fiscalium poenarum petitionem creditoribus postponi.“

Dieser subsidiäre dingliche Charakter aller Forderungen wird auch im Römischen Rechte durch den Ausdruck: *Aes alienum*, bezeichnet, indem die Gläubiger gleichsam nur ihr Eigenthum in Anspruch nehmen; so wie denn auch in der bekannten, oben angeführten Regel: „Bona non intelliguntur, *nisi deducto aere alieno,*“ nur der Grundsatz ausgesprochen wird, dass der Abzug der Schulden, als eines *fremdartigen Bestandtheiles* im Vermögen, sich immer von selbst verstehe. Kraft dieses neuen dinglichen Anspruches räumt auch der Prätor bei der Insolvenz des Vermögens den Gläubigern den Besitz desselben zum Zweck des Verkaufes zu ihrer Befriedigung ein, während dieses bei der Solvenz des Vermögens nicht nothwendig wird, sobald der Fiscus das solvente Vermögen als Bona vacantia an sich nimmt. Durch diese Uebernahme geht jedoch der einmal begründete dingliche Anspruch der Gläubiger, dass nämlich statt des Verstorbenen oder seiner Erben das Vermögen selbst ihnen haften müsse, nicht verloren; vielmehr übernimmt der Fiscus nur noch durch die Uebernahme der Masse quasi ex contractu die Verbindlichkeit, diesen Anspruch durch Zahlung aus der Masse zu realisiren. Obschon der Fiscus sich verpflichtet, alle rechtmässig

begründeten Forderungen und daraus hervorgehenden Klagen *als Vertreter der Masse* anzuerkennen, und insofern auch gegen sich gelten zu lassen und daher auch die seitherigen *persönlichen Klagen* gegen den Fiscus angestellt werden, so fehlt diesen doch der eigentlich *persönliche Charakter* im Verhältniss zur Person des Fiscus; vielmehr haben sie, in so fern sie gegen das Vermögen des Verstorbenen und gegen den Fiscus als Besitzer und Distribuenten desselben gerichtet sind, statt dessen an sich einen dinglichen Charakter erhalten.

4. Dieses vorausgeschickt, ist die Natur der Gemeinschaft, in welche jene Regierungen durch Ausübung ihrer fiscalischen Rechte treten, auch leicht zu würdigen. An sich hat jede auf den in ihrem Lande belegenen vacanten Vermögenstheil Anspruch. Allein da die gesammte Masse als solche, und nicht bloss einzelne Theile derselben, den Gläubigern verhaftet ist; so übernimmt jede Regierung auch mit den im Lande belegenen Gütern einen verhältnissmässigen Theil dieser Verpflichtung. Es entsteht demnach zwischen den mehreren Regierungen insofern eine Gemeinschaft, als sie *als Besitzer des vacanten Vermögens* die auf diesem haftenden *Schulden* gemeinschaftlich anerkennen müssen. Jedoch ist dabei immer der dingliche Charakter der Schulden festzuhalten, und nicht zu übersehen, dass den Regierungen nur die gemeinsame Regulierung der Masse und die Abbezahlung der auf derselben haftenden Schulden pro rata des Jeder zufallenden Reinvermögens obliegt.

5. Dieser neuentstandene dingliche Charakter der Schulden verlangt nun aber auch, dass hier diejenigen Regeln zur Anwendung kommen, welche

hinsichtlich der dinglichen Verhaftung eines Vermögens überhaupt, namentlich der Concurrenz des General- und SpecialPfandes gelten und letzterem die vorzüglichere Verpflichtung auflegen, so dass den Besitzern anderweitiger Vermögenstheile ein Beneficium excussionis zusteht.

L. 2. *C.* 8, 14, *De pignor. et hypothecis.*

„Quamvis constet, specialiter quaedam et universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse, et aequale jus in omnibus habere: jurisdictio tamen temperanda est. Ideoque si certum est, posse eum ex his, quae nominatim ei pignori obligata sunt, universum redigere debitum; ea quae postea ex eisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri Praeses provinciae jubebit.“

L. 9, *C.* 8, 28, *De distract. pignor.*

„Que specialiter vobis obligata sunt, debitoribus detrectantibus solutionem, bona fide deberis et solemniter vendere. Ita enim apparebit, an ex pretio pignoris debito satisfieri possit. *Quod si quid deerit, non prohibemini, caetera etiam bona jure conventionis consequi.*“

Die Anwendbarkeit dieser Regeln kann um so weniger in Abrede gestellt werden, als aus der ganzen seitherigen Darstellung als Resultat derselben hervorgeht, dass die mehreren Fisci nicht als wahre Miterben für ihre Person, sondern nur als Besitzer des Vermögens für und von wegen dieses haften und demnach durchaus nach der Analogie der eigentlichen Pfandbesitzer zu beurtheilen sind.

Dieses leidet um so weniger Bedenken, als auch die, jener gesetzlichen Bestimmung über das SpecialPfand zum Grunde liegende Ratio

hier ebenfalls vollkommen eintritt. Solche ist offenbar die Absicht des Constituenten, dass das speciell genannte Pfand auch *vor allen andern Gegenständen des Vermögens* das Onus der Schuld tragen solle, daher der Gläubiger genöthigt wird, sich zuerst und vor allem an diese Sache zu halten. Diese Absicht des Constituenten und diese Pflicht des Gläubigers, sich, *insofern das Vermögen als solches in Anspruch genommen wird*, an die speciell verpfändete Sache zunächst zu halten, wird nun auch hier entscheidend, wo die persönliche Verhaftung weggefallen ist, und nur noch das Vermögen und dessen Besitzer als solche in Betracht kommen. Dadurch, dass neben dem SpecialPfande ein GeneralPfand bestellt worden ist, wird nichts geändert; indem das GeneralPfand nur eine Bestärkung der ohnehin schon bestehenden dinglichen Verpflichtung des ganzen Vermögens begründet.

6. Dass die Westphälische Regierung in den Besitz der speciell verpfändeten Sache nicht durch ein Theilungsverfahren, sondern rein zufällig gekommen ist, kann in jenen Bestimmungen ebenfalls keine Aenderung bewirken; da hier nicht der sub Nr. 1. ausgeführte Gesichtspunkt der persönlichen Verhältnisse mehrerer Miterben eintritt, sondern der dingliche der Pfandbesitzer. —

So wenig daher auch der zur Zahlung oder Auslieferung genöthigte Besitzer des Special-Pfandes eine Regressklage gegen die Besitzer des GeneralPfandes hat; so wenig können auch die Krone Westphalen und deren Nachfolger, selbst im Fall der künftigen Zahlung der

fraglichen Schuld, eine Regressklage gegen die übrigen Regierungen in Anspruch nehmen, noch eine KlagenCession von den Gläubigern fordern. — Da es sich hier auch überall nur von einem den Regierungen anfallenden reinen Gewinn handelt, nicht von einem möglichen Schaden, so kann auch keine Regierung sich mit Grund beschweren, wenn die eigenthümliche Lage des in ihrem Territorium belegenen Bestandtheiles der Bona vacantia *einen minder reichen Ertrag* ausgeworfen hat, als etwa irrthümlich vorausgesetzt ward. Sollte sich jedoch ausweisen, dass das speciell verpfändete Gut mit allen Pertinenzen die Schuld nicht zu decken vermögte, so versteht sich von selbst, dass — da der Fiscus nie über den Bestand des empfangenen Vermögens haftet — falls der Fiscus des Einen Landes überall nur dieses Gut empfangen, derselbe von aller fernern Verhaftung völlig freigesprochen werden würde; falls er aber ausser diesem Gute auch noch andere Güter aus der Masse erhalten, er für sie nur nach ihrem Werth, im Verhältniss zum Gesammtwerth des Vermögens, hafte. —

Demnach geht aus dem sub Nr. II. Entwickelten als sicheres Ergebniss hervor, dass der Fiscus überhaupt nicht als Erbe in die Bona vacantia succedirt und daher nur aus dem Besitz des Vermögens als solchen, also dinglich und nach Analogie der Pfandbesitzer, zur Zahlung der Schulden verhaftet ist; aus diesem Grunde aber auch, wenn mehrere Fisci in Frage stehen, der Besitzer des SpecialPfandes das den übrigen Fisci gegen den Gläubiger zustehende Beneficium excussionis anerkennen muss. —

III.

Zur festern und allseitigen Begründung der bisher entwickelten Grundsätze und zur vollständigen Geltendmachung derselben in dem in Frage stehenden Rechtsfalle wird es schliesslich noch erforderlich, von ihnen ausgehend, die Hauptsätze der, zu Gunsten der Krone Preussen verfassten Rechtsdeduction einer kurzen Prüfung zu unterwerfen.

1. „Die Existenz der Balley Sachsen als einer moralischen Person," heisst es in dieser Deduction, „hörte durch ihre Auflösung und demnächstige Einziehung ihres Vermögens auf. Daraus folgte aber nicht, dass alle bis dahin zwischen ihr und einem Dritten vorhanden gewesenen Schuldverhältnisse ohne Weiteres untergegangen seyen, sondern dieselben gingen auf den Staat, oder vielmehr die Staaten über, welche, indem sie sich das Vermögen und die Rechte der Corporation aneigneten, auch die Verbindlichkeit, die Schulden derselben, ohne Rücksicht auf welche das Vermögen selbst, als einer ehemaligen, wenn gleich aufgehobenen Universitas nicht zu bestimmen war, zu berichtigen, und die Gläubiger ganz und gar, oder wenigstens so weit, als das Vermögen hinreichte, zu befriedigen, übernahmen. Eben so, wie diess Vermögen, die Güter der Balley, zufolge der Einziehung derselben, Staatsvermögen, Staatsgüter, Staats-Domainen wurden, mussten daher, sofern wenigstens nicht ausdrücklich eine andere Anordnung desselben getroffen ward, auch die bisherigen Schulden der Balley *Staatsschulden*

werden. Da aber das Vermögen der fraglichen Balley an mehrere Regierungen gefallen war, so wurden auch, in Ermangelung einer anderweitigen Verabredung unter denselben, durch die blosse Thatsache der Besitzergreifung, die auf der ganzen Balley haftenden Schulden unter diesen Regierungen, im Verhältniss des Antheils einer jeden an dem Vermögen selbst, getheilt, uud dieselben waren verpflichtet, selbige hiernach zu übernehmen und zu berichtigen."

Das hier Ausgeführte, namentlich die Behauptung, dass mit der Balley Sachsen selbst nicht auch sofort alle Schuldverhältnisse derselben untergegangen seyen, ist im Ganzen im Rechte vollkommen begründet. Was jedoch die Behauptung betrifft, dass diese Schuldverhältnisse in der Art auf die das Vermögen an sich nehmenden Staaten übergegangen seyen, dass, wie das Vermögen Staatsvermögen, auch die Schulden *Staatsschulden* geworden seyen; so kann dieselbe nicht als richtig anerkannt werden, wenn anders, wie der Ausdruck *Staatsschulden* anzudeuten scheint, die Behauptung dahin geht, dass die resp. Staaten in die seither bestandenen persönlichen ObligationsVerhältnisse selbst zu vollem Rechte, gleich den Erben, eingetreten seyen. Dass der Fiscus *Erbe* sey, und seine Verpflichtung, die Schulden zu bezahlen, aus diesem Grunde hergeleitet werden müsse, ist in der fraglichen Deduction nicht behauptet worden. Vielmehr deutet man selbst den richtigen Gesichtspunkt an, dass dem Fiscus nur das Reinvermögen zukomme, und daher der Abzug der Schulden

sich von selbst verstehe. Denn nur aus diesem Gesichtspunkte lassen sich die Worte erklären, welche den Verpflichtungsgrund zur Schuldenzahlung andeuten sollen: „ohne Rücksicht auf welche (Schulden) *das Vermögen selbst*, als eine ehemalige, wenn gleich aufgehobene *Universitas* nicht zu bestimmen war.“ Da es für die richtige Auffassung dieses schwierigen Verhältnisses so wichtig ist, den wahren Grund festzuhalten, so muss noch bemerkt werden, dass das Vermögen der Balley Sachsen so wenig, als das irgend einer andern juristischen oder physischen Person, zur Zeit ihres Vorhandenseyens eine *Universitas* genannt werden durfte, und dass daher die Nothwendigkeit der Schuldenbezahlung auch nicht aus der Natur der Universitas abgeleitet werden darf. Das Vermögen eines Lebenden ist, wie oben bemerkt ward, eine blosse Masse verschiedenartiger Res corporales und incorporales, welche alle keinen bloss juristischen und ideellen Mittelpunkt haben, wie z. B. die Hereditas, sondern einen factischen und materiellen, die vorhandene physische Person selbst (denn zwischen dem Vermögen einer physischen und dem einer juristischen Person darf kein wesentlicher Unterschied statuirt werden). — Aber freilich das eigentliche *Vermögen* als solches, die *Facultates*, die wahren *Bona*, die allein dem Fiscus gebühren, lassen sich nur durch Abzug der Schulden, als des Aes *alienum*, bestimmen; worin, wie gezeigt worden ist, das Römische Recht selbst den Grund der Schuldenbezahlung von Seiten des Fiscus setzt. — Ist dies nun der allein richtige Gesichtspunkt, so erhellt daraus auch die Unrichtigkeit der Schlussfolge, dass,

weil die Güter jener Balley *Staatsgüter* geworden sind, nun auch die Schulden derselben *Staatsschulden* werden mussten. Staatsgüter sind jene deshalb geworden, weil dem Fiscus ein gesetzlicher Anspruch auf die eigentlichen Bona, oder das Reinvermögen zustand; diejenigen fremden Schulden aber, die vorher ausbezahlt werden müssen, bevor das allein dem Fiscus gebührende Reinvermögen hergestellt werden kann, können niemals mit Grund *Staatsschulden* genannt werden. — Gegen die schliessliche Behauptung, dass durch die blosse Thatsache der Besitzergreifung die auf der ganzen Balley haftenden Schulden unter den Regierungen im Verhältniss des Antheiles einer jeden an dem Vermögen selbst getheilt und dieselben verpflichtet wurden, selbige hiernach zu übernehmen und zu berichtigen, ist nichts einzuwenden, sobald die gemeinschaftliche Uebernahme der Schulden nur auf die Zahlungspflicht aus der im Besitz genommenen Gütermasse bezogen wird, nicht aber als eine persönliche Uebernahme, wie bei der Beerbung, oder Expromission eintritt.

2. „Der Umstand," heisst es in der angezogenen Deduction weiter, „dass ausser jener GeneralHypothek auch noch die Bestellung einer *SpecialHypothek* durch besondere Verpfändung einer der Balley gehörenden Commende in den Schuldurkunden stattgefunden hatte, konnte in jenem Verhältnisse *der Schuldner unter sich*, um welches es sich hier allein handelt, nichts ändern; indem das Daseyn einer SpecialHypothek überall nur auf das Verhältniss des Gläubigers zum Schuldner, in Beziehung auf die speciell verpfändete Sache,

eine Wirkung äussert, und wenn auch durch die in der Person des letztern (des Schuldners) in Folge der Aufhebung der DeutschOrdens-Balley und der Einziehung ihrer Güter (stattgefundene Veränderung) jenes Verhältniss selbst einige Modificationen erlitt, so könnte doch dadurch die Verbindlichkeit der betreffenden Regierungen von Westphalen, Mecklenburg-Schwerin und Anhalt-Bernburg *als Vertreterinnen des bisherigen Schuldners*, der aufgehobenen Balley, zu der Berichtigung der fraglichen Schuld zu concuriren, nicht modificirt oder wohl gar aufgehoben werden." —

Es handelt sich hier, um die richtige Auffassung der Bedeutung und des Umfanges *der Vertretungspflicht* der fraglichen Regierungen im Verhältniss zur Balley Sachsen. Halten wir den oben vollständig gerechtfertigten Gesichtspunkt fest, nach welchem *eine Vertretung der aufgehobenen Balley*, die ein *Erbrecht* voraussetzen würde, *nicht* stattfinden kann, sondern nur *eine Vertretung des in Besitz genommenen Vermögens als solchen* in Beziehung auf die daran haftenden, und noch nicht ausgezahlten Schulden; so ist allerdings zu behaupten, dass das Daseyn des *SpecialPfandes* auch auf das Verhältniss der das Vermögen vertretenden und zur Berichtigung der Schulden aus der Masse verpflichteten Regierungen unter einander entschieden einwirkt, und die Zahlungspflicht der übrigen Regierungen sehr wesentlich modificirt, wenn auch nicht ohne Weiteres aufhebt. Was als Gegengrund angeführt wird, kann hier nicht entscheiden, da es sich hier nicht bloss von einer vorgegangenen *Veränderung* und *Modification* „*der Person des Schuldners*" handelt, sondern

von einer gänzlichen *Aufhebung* und *Vernichtung* derselben, ohne erfolgte Wiederherstellung, und von der Substituirung einer haftenden Gütermasse und deren Vertreter an die Stelle der vorigen Person des Schuldners. Wodurch unter diesen gänzlich veränderten Umständen die jetzige Bedeutung des SpecialPfandes begründet wird, ist oben nachgewiesen worden.

3. „Die von Lossowsche Stiftung,“ wird ferner ausgeführt, „hatte nämlich aus ihrem ursprünglichen Titel ein dreifaches Recht gegen die Balley, einmal aus dem Darlehn als solchem ein persönliches, kraft dessen sie die Balley als solche in Anspruch nehmen und überhaupt in deren Vermögen, ohne Beziehung auf ein bestimmtes Object, die Execution suchen konnte; zweitens eine hypothekarische Klage aus der nebenbei constituirten SpecialHypothek etc. Bei der Auflösung der Balley und der Einziehung ihres Vermögens von Seiten der Regierungen etc. stellte sich das Verhältniss dieser verschiedenen Klagen zunächst also: Die erste oder persönliche Klage aus dem Darlehn als Obligation im Römischen Sinne für sich konnte nur gegen die verschiedenen Staaten pro rata des von ihnen in Besitz genommenen BalleyVermögens verfolgt werden, indem sie durch die Thatsache der Besitzergreifung des Vermögens, auch die Verbindlichkeiten, welche hierauf ruheten, oder die ehemalige Universitas als solche angingen, verhältnissmässig sich auflegte.“

Dieses hat im Ganzen seine Richtigkeit, sobald man, was früher nachgewiesen, anerkennt, dass die ursprünglich persönliche Klage aus der Obligatio personae, — ungeachtet der Fortfüh-

rung ihres alten Namens und der Anstellung gegen die fraglichen Regierungen, — ihren Charakter wesentlich verändert hat, und gegen die verschiedenen Staaten nur als Vertreter des ihnen allein verhafteten Vermögens, pro rata ihres Besitzes, gerichtet wird.

4. „Der Gläubiger,“ heisst es ferner, „konnte mit der Klage aus der GeneralHypothek eine jener Regierungen, gleichviel welche, angehen, und von ihr die gänzliche Befriedigung seiner Forderung ausschliesslich verlangen. — — Dass die verklagte Regierung eventuell durch Bezugnahme auf das s. g. Beneficium excussionis oder ordinis des Römischen Rechts befugt gewesen wäre, alle, mithin auch eine theilweise Uebernahme der Forderung abzulehnen, indem sie von dem Kläger hätte verlangen können, dass er sich zunächst an die SpecialHypothek halte und demnach vor allem von *der* Regierung, in deren Besitz das speciel verpfändete Object gekommen war, seine Befriedigung ausschliesslich einzuklagen habe, *muss in Abrede gestellt werden*, da das Römische Recht von einer solchen Befugniss *des Schuldners* im Verhältniss zum Glaubiger nichts weiss. — — Keiner *von* (*den drei*) *verschiedenen Fällen*, wo nach dem Römischen Rechte die Berufung auf das — Beneficium excussionis — stattfinden konnte, war in dem vorliegenden Falle vorhanden, da die etwa mit der Klage aus der GeneralHypothek in Anspruch genommene Regierung zu dem Gläubiger in dem Verhältnisse eines *Schuldners* stand, und zwar eines nicht bloss *dinglich*, sondern auch *persönlich* verpflichte-

ten Schuldners, und sie mithin in keinem Falle auf das nicht zu Gunsten des *Schuldners*, sondern nur des Bürgen, oder auch eines im Besitz der ursprünglich verpfändeten Sache sich befindenden *Dritten*, unter gewissen Umständen constituirte Beneficium excussionis Bezug nehmen konnte, um die Klage abzuweisen etc."

Fast nirgends so sehr, wie hier, zeigt sich die Wichtigkeit der obigen Deductionen. Nicht ohne Grund wird nämlich behauptet, dass das Beneficium excussionis, welches dem mit einem General- und SpecialPfand bekleideten Gläubiger von Seiten des Besitzers einer bloss generell verpfändeten Sache opponirt wird, voraussetzt, dass dieser Besitzer nicht der *persönlich obligirte Hauptschuldner*, sondern ein *dritter Pfandbesitzer* sey — Wären nun die in das Balley-Vermögen succedirenden Regierungen wirkliche Erben und Nachfolger der Balley selbst, und demnach *persönlich obligirte Hauptschuldner*, so würde es allerdings sehr zweifelhaft seyn, ob den Nichtbesitzern des SpecialPfandes noch ein Beneficium excussionis gegen den klagenden Pfandgläubiger zustehen würde. Allein da nun das Gegentheil nachgewiesen ist, und jene Regierungen *für ihre Person nicht in die Obligatio eingetreten*, und demnach *als dritte Pfandbesitzer* zu betrachten sind; so fällt damit auch jene an sich ganz richtige Argumentation, und die Rechtsbeständigkeit des Beneficium excussionis kann keinem Zweifel unterliegen.

5. „Wäre die das SpecialPfand besitzende Regierung," fährt die Ausführung fort, „aus

diesem belangt und von den Gerichten zur Berichtigung der ganzen Forderung rechtskräftig verurtheilt worden, so würde, vorausgesetzt, dass auch hier das Urtheil zunächst nur das Verhältniss des verklagten Theiles in Beziehung zu dem Kläger bestimmen wollte, das Recht jener Regierung, d. i. der Königlich Westphälischen, von den andern betheiligten, d. i. von den Regierungen von Mecklenburg-Schwerin und Anhalt-Bernburg ihre Concurrenz zu der Berichtigung jener Forderung zu verlangen, unversehrt geblieben seyn, und diese Regierungen nach wie vor verpflichtet gewesen, die mehr gedachte Forderung verhältnissmässig zu übernehmen und zu berichtigen."

Würde das Verhältniss der mehreren Regierungen unter einander nach den hinsichtlich der *Miterben* geltenden Regeln beurtheilt; so würde gegen vorstehende Behauptung dasjenige entscheidend eintreten, was von uns oben sub N. I. ausgeführt worden ist; indem der Natur der Sache und den angezogenen Gesetzesstellen zufolge der das SpecialPfand besitzende Miterbe, falls nicht ein Anderes stipulirt worden ist, die Zahlung der ganzen Schuld, in soweit sie nicht den Werth des SpecialPfandes übersteigt, für eigne Rechnung allein übernehmen muss und daher keine RegressKlage gegen seine Miterben hat. — Allein auch wenn ein Miterbenverhältniss, wie es allerdings das Richtigere ist, nicht statuirt wird, sondern die verschiedenen Regierungen nur als in dem zufälligen Verhältnisse stehend betrachtet werden, dass sie gemeinsam für die Ab-

tragung der auf dem eingezogenen vacanten Vermögen haftenden Schulden Sorge zu tragen haben; so findet doch, wie wir gleichfalls oben sub N. II. gezeigt, eben so wenig eine RegressKlage des zahlenden SpecialPfandBesitzers gegen die übrigen Regierungen statt. Denn eine solche Klage würde zum Wenigsten eine selbstständige persönliche Verpflichtung der übrigen Regierungen voraussetzen, kraft der sie das Gezahlte als für sie ausgelegt ansehen müssten. Allein eine solche persönliche Verpflichtung findet hier nicht statt, und die an sich bloss dingliche Verpflichtung kann hier so wenig eine RegressKlage begründen, wie bei jedem andern GeneralPfand. Denn kann der zahlende SpecialPfandgläubiger seinen Regress auch gegen den Hauptschuldner und dessen Bürgen nehmen, so doch nicht gegen die durch seine Zahlung liberirten Besitzer generell verpfändeter Sachen; was analogisch hier vollkommen eintritt. —

Nach allem Diesem darf nun aber mit Grund behauptet werden, dass es keinesweges als hinlänglich erwiesen und feststehend anerkannt werden könne: „dass nach Aufhebung der DeutschOrdensBalley Sachsen die Regierungen, welchen das Vermögen jener Balley anheim gefallen, d. h. die Regierungen von Westphalen, Mecklenburg-Schwerin und Anhalt - Bernburg, verpflichtet waren, die Forderung der von Lossowschen FamilienStipendienStiftung zu Magdeburg an Capital und Zinsen pro praeterito et futuro und zwar im Verhältnisse des einer jeden dieser Regierungen zugefallenen BalleyVermögensAntheils selbst zu übernehmen und zu berichtigen.“

Vielmehr darf mit vollem Rechtsgrunde ein Rechtsspruch dahin erwartet werden:

dass die Regierung vom Grossherzogthum Mecklenburg-Schwerin rechtlich *nicht* verpflichtet sey, einen Theil der Forderung der von Lossowschen FamilienStipendienStiftung an Capital und Zinsen zu übernehmen und ferner zu verzinsen, es könne und wolle denn die Krone Preussen, als Besitzerin der, der Gläubigerin speciell verpfändeten ehemaligen DeuschOrdensCommende Bergen im Magdeburgischen, und als Nachfolgerin der Krone Westphalen zu Recht erweisen, dass die Commende nebst allen Accessorien und Pertinenzen dem Betrage der von Lossowschen Forderung nicht gleich käme und diese Schuld der aufgehobenen Balley Sachsen demnach nicht vollständig zu decken vermöge.

III.
Die Immunität der Universität Rostock vertheidigt gegen die von E. E. Rath der Stadt Rostock behauptete Beitragspflicht der AcademieVerwandten zu dem städtischen Armenwesen.

Ein praktischer Beitrag zur Interpretations-Lehre. *)

I.

Die Uuniversität zu Rostock ist, wie der Erbvertrag zwischen Ew. K. H. und der Stadt

*) Das Nachfolgende ist aus einem vom Herausgeber entworfenen Berichte Rectoris et Concilii der Universität Rostock an die hohe Landesregierung zu Schwerin, vom 28sten April 1834, entlehnt. Nur die Rechtsgründe dieses, gegen eine Eingabe des Rostockschen Magistrats gerichteten Vortrages werden hier mitgetheilt, die ausserdem ausgeführten Gründe der Billigkeit und Zweckmässigkeit sind nebst Eingang und Schluss weggelassen. — Grossherzogliche Regierung hat unterm 26. Mai 1835, in dieser Sache E. E. Rath schliesslich wie folgt rescribirt.: „Was eure Differenz mit der Academie über deren Stellung und Beiträge zum städtischen ArmenInstitute betrifft, so hat es euch aus den von Rector und Concilium in ihrem euch mitgetheilten Vortrage vom 28. April v. J. entwickelten Gründen nicht zugestanden, ihre active und passive Theilnahme an den neu einzurichtenden Enquotirungs- und Revisions-Deputationen ohne weiteres zu verlangen. Da indessen die Aufhebung aller Verschiedenheiten in der bisherigen ArmenAdministration daselbst, wohin besonders die einseitige Bestimmung der Armenbeiträge der AcademieVerwandten gehört,

Rostock vom Jahre 1788 ausdrücklich anerkannt hat, noch immer die alte, im Jahre 1419 von Pabst Martin V. gestiftete, im Jahre 1560 von Kaiser Ferdinand I. bestätigte Universitas Studii, und erfreut sich als solche von Rechtswegen aller Privilegien und Immunitäten, welche ihr in den Stiftungs- und Bestätigungsurkunden nach dem Vorgange anderer, bestimmt genannter Universitäten verliehen worden sind. — Noch im Jahre 1806 berufen sich die Gegner vor dem Hof- und Landgerichte selbst darauf: „dass der kaiser-„liche Bestätigungsbrief für die hiesige Academie „ihr die nämlichen Rechte, Privilegien, Be-„freyungen und Vorzüge beigelegt, als den Aca-„demien zu Bologna, Siena, Padua, Pavia, „Perugia, Paris und Leipzig zustünden." Dass zu diesen Privilegien und Immunitäten vor allen die Freiheit von allen Onera personalia und namentlich von allgemeinen Vermögenssteuern gehöre, ist vielfältig von den Gegnern anerkannt, oder landesherrlich und gerichtsseitig festgesetzt worden. Wir berufen uns in dieser Hinsicht, als auf ein historisches Factum aus *älterer* Zeit, unter andern auf die zwischen der *Landesherr-*

eine wünschenswerthe Verbesserung derselben ist, und Wir die zur Sprache gekommene Errichtung einer abgesonderten academischen Armenordnung nicht angemessen finden können, so bestimmen Wir hiemit landesherrlich, dass künftig auch die Academie, wiewohl unter folgenden Bedingungen, an dem städtischen Armenwesen Theil nehmen und den desfallsigen Anordnungen und Beschlüssen unterworfen seyn soll. — — Durch diese Aufgebung eines Theils der Vorrechte der Universität werden ihre übrigen Privilegien und Vorzüge nicht berührt; sie behalten vielmehr vollen Bestand."

schaft, der *Universität* und der *Stadt Rostock* im Jahr 1563 geschlossene s. g. Prima Formula Concordiae, worin es heisst:

„Zum fünften, der Professoren Immunität belangend, ist einhellig vertragen, bewilliget und angenommen, dass alle Professores und Gliedmassen der Universität, so nicht Kaufhandel, oder andere bürgerliche Gewerbe und Handtierung durch sich oder untersetzte Personen gebrauchen und üben, *aller Munerum personalium, desgleichen der Sack- und Bier-Accisen, ganz und gar frei, anig und übrig seyn.* — Für das Wachen, und Wall- und Grabengehn, welche beide Stück nach Gewohnheit dieser Stadt onera realia wollen geachtet werden, *wollen die Professores* E. E. Rath oder gemeiner Stadt, von jedem ihrem Brauhause jährlichs einen Thaler und von einem Wohnhause einen Mark Lübisch zukehren.“

Dass jede gegen diese Rechtsnorm streitende Anmaassung des Raths von Ew. K. H. Vorfahren kräftig zurückgewiesen worden ist, beweist u. a. ein unterm 9ten Januar 1634 von den Herzögen *Adolph Friederich* und *Hans Albrecht* an Bürgermeister und Rath erlassenes Rescript, worin es aus Veranlassung eines von den AcademieVerwandten geforderten s. g. SoldatenGeldes heisst:

„Nun seint wir euch mit nichten gestendig, dass Ihr bemelte unsere Academiam und deren Gliedmaassen ausser demjenigen, *was sie austrücklich und nach buchstäblichem Einhalt der zwischen ihnen und euch aufgerichteten Formulae Concordiae transactionsweise und also mit*

ihrem Consens zu geben versprochen, mit ferneren und dergleichen personalibus oneribus, uns und unserm habenden juri superioritatis zu unleidlichem Präjudiz und *ihren Privilegien zuwider,* belegen und beschweren, und mit dem Namen des Hausgeldes zu coloriren, euch unternehmen sollet, befehlen euch demnach hiemit ernstlich *und bei Straf tausent Rthlr., dass Ihr — solches alsobald abstellet, und euch dessen hinführo enthaltet, und gemelte unsere Academiam über dasjenige, was der Buchstab gedachter Transaction mit sich führet, keinerlei Weise beschweret* etc.“

Aus *späterer* Zeit beziehen wir uns zunächst nur auf den unterm 30sten März 1758 von Rath und Bürgerschaft ausgestellten Revers, in welchem beide *für sich und ihre Nachkommen* bekennen, und zwar in Beziehung auf *Kriegs-Contributionen:*

„dass alles dasjenige, was die Academici von ihren beweglichen Gütern zur Abwendung der dieser guten Stadt auferlegten Contribution schon zusammengebracht und uns ausgeliefert — *aus keinem Zwang oder Pflicht, sondern aus gutem freien Willen, dem nothleidenden gemeinen Wesen allein zu succurriren* — geschehen sey, dass auch solches nicht in consequentiam gezogen — oder dadurch *der Libertati, exemtioni, privilegiis et immunitatibus Academiae* auf einige Weise oder Wege präjudiciret werden solle.“

Auch hat die Stadt in sämmtliche Quitungen über den empfangenen Vierzeitenpfenning zur

bessern Salarirung der Prediger und zur Sublevation der Oeconomie z. B. noch 1785 die Clausel aufnehmen müssen, dass diese Zahlung erfolge „citra omnem obligationem et consequen„tiam, wie bishero *aus lauterm freien Willen.*"

Wo nun aber in neuern Zeiten die Stadt ihre Befugnisse gegen die Universität überschritt, wie z. B. hinsichtlich der Einquartierungslast, hat die Universität nicht nur durch Protestationen, sondern auch durch erwirkte gerichtliche Inhibitorien und Rechtssprüche ihre Rechte zu bewahren gewusst; wie denn im Jahre 1806 und später zu wiederholten Malen der Stadt bei 1000 Rthlr. Strafe die Bequartierung der AcademieVerwandten gerichtlich untersagt und unterm 25sten März 1809 vom Hof- und LandGericht, in Gemässheit zweier gleichlautender Rechtssprüche der JuristenFacultäten zu Jena und Altdorf, die Exemtion der Universität von der Einquartierungslast in behaupteter Weise rechtskräftig anerkannt, auch durch hohes RegiminalRescript vom 22sten August 1810 der Universität eröffnet ward, dass es ihr unbenommen bliebe, die Execution des erstrittenen Urtheils beim Hof- und LandGericht zu erwirken, und von Ew. K. H. hinsichtlich der durch allerhöchste RegiminalVerfügung einstweilen getroffenen policeilichen Anordnung unterm 6ten Juny 1814 der Universität die gnädigste Versicherung ertheilt worden ist, dass zu seiner Zeit *auf ihre billigen Reclamationen* Rücksicht genommen, die durch die Zeitumstände herbeigeführte Sistirung dieser Exemtion aufgehoben werden, *und das gesammte Einquartierungswesen wieder in die sonstige Ordnung zurücktreten solle.*

II.

In Gemässheit dieser uralten Freiheiten und Privilegien unserer Universität besagt auch §. 234 des zwischen Ew. K. H. und der Stadt Rostock im J. 1788 abgeschlossenen Erbvertrages:

„Academici sollen in Friedenszeiten von allen persönlichen Stadtabgaben und Lasten, als z. B. *Vermögenssteuer*, Anlagen auf Mobilien, StadtContribution, Einquartierung *und dergleichen frei seyn.*"

Wenn es nun in demselben Erbvertrage von 1788 §. 238 heisst:

„Alle und jede *PoliceiVerfügungen* der „Stadt — die *die Sicherheit oder Reinlich-* „*keit der Stadt* zum Besten für jeden Ein- „wohner unmittelbar verabzwecken, wie auch „die *ArmenAnstalten* und Bausachen sollen „sich auch auf die AcademieVerwandte er- „strecken und der etwanige Contravenient „von Stadtwegen zu seiner Obliegenheit exe- „cutivisch angehalten werden;"

so war in dieser Bestimmung freilich eine Beschränkung der bis dahin von Rector und Concilium ausschliesslich ausgeübten PoliceiGewalt über die Cives academici enthalten, welche Beschränkung jedoch die Universität zur Förderung des gemeinen städtischen Wesens und zur grössern Einheit in der PoliceiAdministration sich wohl gefallen lassen konnte. Auch ging daraus von selbst hervor, dass die die UniversitätsVerwandten unmittelbar mit berührenden PoliceiAnstalten von nun an als gemeinsam zu betrachten und von Letzteren Beiträge zu ihrer Unterhaltung zu leisten waren. — Nur dieser sich von selbst ergebende Grundsatz ist in dem, die Abtretung des städtischen Compatronates an Ew.

K. H. betreffenden Vertrage vom Jahre 1827 ausgesprochen, wenn es dort §. 33 heisst, dass die der academischen Gerichtsbarkeit unterworfenen Personen *die mit den policeilichen Einrichtungen zum Nutzen aller Einwohner verbundenen Abgaben*, z. B. Wassergeld, Strassen-Damm-Reinigungs- und ErleuchtungsGeld, Brandwachengeld, Armengeld und dergleichen zu entrichten haben. — Was aber das dort gebrauchte Wort: *Armengeld* betrifft, so erlauben wir uns, zur nähern Interpretation Folgendes anzuführen:

1) Aus der, der städtischen Obrigkeit, der Convenienz wegen, auch über die AcademieVerwandten eingeräumten policeilichen Berechtigung geht allerdings die Befugniss hervor, die *Bettelei* allgemein abzustellen, und eine *Armenordnung* zu errichten, auch von allen, denen diese Einrichtung zu Gute kommt, Beiträge zur Unterhaltung derselben, wie namentlich zur Besoldung von Bettelvoigten, Honorirung der Armenpfleger etc., und überhaupt ein *Armengeld* in diesem Sinne des Worts zu verlangen, nicht aber das Recht, eine *Armensteuer* auszuschreiben. Die Policei als solche verbietet den Armen das Betteln, und den Bemittelten das Geben an Bettler, übernimmt dagegen auch die Vermittlung zwischen den Armen und Bemittelten, indem sie selbst oder durch die von ihr anerkannten Armenpfleger dasjenige von den Bemittelten entgegennimmt, was diese den Armen zugedacht haben, und die empfangenen milden Gaben auf eine gerechte und zweckmässige Weise vertheilt. Nur dieses kann eine gesunde Jurisprudenz aus dem Begriff und Wesen der PoliceiGewalt ent-

wickeln, nie aber die nur aus dem Besteurungsrechte hervorgehende Befugniss, vorzuschreiben, *dass* und *wie viel* jeder den Armen geben *solle*. Ein solches Besteurungsrecht ist aber niemals der Stadt Rostock über die Universität zugestanden worden, und am Wenigsten zum Vortheile verarmter und zurückgekommener Rostocker Bürger und Einwohner.

2) Dass in dem Vertrage vom J. 1827 des Armengeldes nur in dem ersten Sinne einer rein policeilichen Abgabe, nicht in dem Sinne einer wahren Vermögenssteuer gedacht worden ist, erhellt auch nicht nur daraus, dass es neben dem Wassergelde, Strassenerleuchtungsgelde u. s. w. und unter der Rubrik *von Beiträgen zur Erhaltung von Einrichtungen, welche die örtliche Bequemlichkeit und Annehmlichkeit* betreffen, aufgeführt ist, sondern auch daraus, dass der §. 33 desselben Vertrages ausdrücklich die Zusicherung ertheilt, dass „die Academie-Verwandten in „Friedenszeiten von allen *persönlichen* Stadt-„Abgaben und Lasten, z. B. *Geld Vermögens-„Steuern*, Auflagen auf Mobilien, StadtContri-„bution, Einquartierung und dergleichen frei seyn sollen.“ — Wie hätte diese Zusicherung ertheilt werden können, wenn nach der Intention des hohen Extrahenten die AcademieVerwandten Ein oder mehrere Procent ihres jährlichen Einkommens als Armensteuer zur Unterhaltung der verarmten Rostocker Bürger abgeben sollten?

3) Dass Ew. K. H. Absicht dahin nicht gerichtet gewesen seyn könne — (die Absicht des Einen Contrahenten allein, hier der Stadt, entscheidet nach der Lehre von der Auslegung

der Verträge, bekanntlich nicht —) beweiset schon der Umstand, dass AllerhöchstDieselben der erlauchte *Patron* und *Kanzler* dieser Universität sind, und in diesen Eigenschaften die stiftungsmässigen Rechte und Freiheiten dieser Universität gegen Jedermann zu vertreten und zu vertheidigen haben. AllerhöchstDieselben würden nicht ein so wichtiges uraltes Recht der Universität, als ihre Freiheit von den Stadtlasten ist, aufgeopfert haben, und am Wenigsten ganz beiläufig *und ohne die Universität zuvor darüber vernommen zu haben.* Wie darf daher ohne Ew. K. H. ausdrückliche und unzweifelhafte Erklärung eine solche Aufopferung eines der wichtigsten und unbestrittensten Rechte der Universität angenommen werden, zumal es sich hier von solchen UniversitätsRechten handelt, die zugleich die PrivatInteressen der einzelnen Mitglieder der Universität wesentlich betreffen, und welche auch für sie, da sie einen Theil der ihnen bei ihrer Anstellung zugesicherten Vortheile ausmachen, wohlerworbene Rechte bilden!

4) Gesetzt, es könnte nach dem Vorgetragenen die Bedeutung des Ausdrucks *Armengeld* noch irgend als zweifelhaft betrachtet werden, so tritt hier doch nach den anerkanntesten Rechtsgrundsätzen die Regel der *stricten* Interpretation ein, wornach *Armengeld* nur auf den zur Erhaltung der Administration des ArmenInstituts zu fordernden Beitrag, nicht aber auf eine zur Erhaltung der Armen selbst zu erhebende Armensteuer zu beziehen ist. Denn alle Verzichtleistungen sind strictae interpretationis, und dass hier zum Mindesten eine Verzichtleistung Ew.

K. H. Namens der Universität und ihrer Mitglieder auf eine bis dahin unbestritten vorhandene Freiheit in Frage steht, wird gegnerischer Seits nicht in Abrede gestellt werden können.

5) Wäre nun aber auch wirklich — was nach dem Vorgetragenen von uns und von jedem künftigen Richter in dieser Sache nie angenommen werden kann — der Ausdruck *Armengeld* von beiden Contrahenten in dem Sinne von *Armensteuer* gebraucht worden, so würde die Universität sich nothgedrungen darauf berufen müssen, dass diese ganze Bestimmung, in so weit *sie* dadurch verpflichtet werden solle, unverbindlich sei. Ew. K. H. haben in ihrer PrivatEigenschaft als erlauchter Patron und Kanzler der Universität Rostock, nicht als Landesherr, den Vertrag mit der Stadt Rostock wegen Uebergabe des Compatronates an AllerhöchstDieselben contrahirt. In jener Eigenschaft können AllerhöchstDieselben jedoch nicht auf rechtsbeständige Art wohlerworbene Rechte der durch Rector und Concilium grundgesetzlich vertretenen Universität ohne Einwilligung und Genehmigung derselben aufopfern, da weder in dem Patronat, noch in dem Kanzellariat irgend dazu die rechtliche Befugniss enthalten ist. Da der fragliche Vertrag weder vor, noch nach seiner Vollziehung Rector und Concilium zur Ratification der, die besondern Rechte der Universität betreffenden Puncte vorgelegt worden ist; so kann auch nicht entfernt von der Gegenseite behauptet werden, dass die streitige Bestimmung *mit* Genehmigung Rectoris et Concilii getroffen worden sey.

III.

Der hiesige Magistrat gründet seinen Anspruch gegen die Universität aber auch noch auf die Verordnung vom 21sten Juli 1821; jedoch auch dieses mit eben so wenigem Grunde Rechtens, wie Nachstehendes darthun wird.

1) Eine so eigenthümliche, auf kaiserlichen und landesherrlichen Privilegien gegründete, und zu den wesentlichsten Vorrechten der alten Universitäten stets gezählte Immunität, wie die Freiheit von allen persönlichen Vermögensbeisteuern zu den Stadtlasten, kann nicht durch ein neues allgemeines, das ganze Land betreffende Gesetz ohne Weiteres aufgehoben werden. Vielmehr gilt auch hier die Regel: Lex posterior generalis non derogat priori speciali. Eine ausdrückliche Aufhebung aller entgegenstehenden besondern Rechtsnormen, und eine absolut durchgreifende, keine Ausnahme zulassende Feststellung des neuen Princips kann aber aus den blossen Worten des fraglichen §. 15: „Jeder Einwohner des Orts *ohne Unterschied der Person* ist verbunden etc.“ nicht gefolgert werden; indem dieses nur zur nähern Bestimmung der allgemeinen Natur des neuen Princips dient, der zufolge nicht bloss die eigentlichen Orts*bürger*, sondern alle *Ortseinwohner regelmässig* zur Armenbeisteuer verpflichtet sind. Könnte hierüber noch ein Zweifel obwalten, so würde der Grundsatz entscheiden: lex correctoria strictae interpretationis est.

2) Dass die Bestimmung des §. 15 der fraglichen Verordnung nicht die Universität Rostock berühren sollte, erhellt auch daraus, dass

die unmittelbar nachfolgenden §§. den neuen Grundsatz nur in seiner Anwendung auf die *Landstädte*, die Domainen und die ritterschaftlichen Güter darstellen, ohne der nach vaterländischem GesetzesSprachgebrauch von den Landstädten wesentlich verschiedenen *Seestädte* Rostock und Wismar zu gedenken; was sich von selbst daraus erklärt, dass bei ihnen ohnehin so viel Eigenthümliches eintritt. — Ist nun aber die Seestadt Rostock von der neuen Verfügung nicht getroffen, so auch nicht die Universität Rostock.

3) Allein wenn man dessen ungeachtet auch den §. 15 auf die Stadt Rostock beziehen wollte, so müssen doch nothwendig von ihr dieselben Bestimmungen gelten, die hinsichtlich der *Landstädte* angeordnet sind. Der §. 16 lautet aber dahin: „In den *Landstädten* verbleibt es wegen „der zu leistenden Beiträge dabei, was in den „bereits bestehenden, landesherrlich genehmigten „oder bestätigten, und überhaupt, in so weit „veränderte Verhältnisse nicht eine Abänderung „nothwendig machen, ferner beizubehaltenden „Armenordnungen in Hinsicht der zu leistenden „Beiträge bestimmt ist, oder in den für die bis- „her etwa noch nicht verpflichtet gewesenen Ein- „wohner zu entwerfenden, von Uns landesherr- „lich zu genehmigenden oder zu bestätigenden „Modis festgestellt werden wird.“ Hieraus erhellt deutlich, dass die ganze Verordnung hinsichtlich der zu leistenden Beiträge auf diejenigen Städte, in welchen Armenordnungen bereits bestanden, keine Anwendung erleiden, dass es vielmehr in Betreff dieser bei den bestehenden besondern Normen sein Bewenden behalten sollte.

In hiesiger Stadt besteht nun aber seit dem Jahre 1788 eine Armenordnung zur Abstellung der Bettelei, an welcher die Universität gleich von ihrem ersten Entstehen an bereitwillig Theil nahm, die jedoch, weil sie städtischer Seits nicht die gehörige Theilnahme gefunden hatte, im Jahre 1803 erneuert werden musste. Der Rath bezeugte damals selbst in einem Schreiben vom 13ten Mai 1803: *„dass ansehnliche Privat-„Beiträge von den Academicis zu seinem ver-„bindlichsten Danke gezeichnet worden“*, und veranlasste die Wahl eines academischen Deputirten mit Sitz und Stimme im ArmenCollegio, in welcher Art das Verhältniss der Academie zu der, durch ihre freiwilligen Beiträge unterstützten ArmenVerpflegungsanstalt ungetrübt fortdauerte, und auch durch die Verordnung vom Jahre 1821 nicht verändert ward.

4) Erwähnt nun gleich der gedachte §. 16 der für die bisher noch nicht verpflichtet gewesenen Einwohner zu entwerfenden und landesherrlich zu genehmigenden oder zu bestätigenden Modi, so kann sich dieses doch immer nur auf solche Einwohner beziehen, die vom allgemeinen Gesetze getroffen werden, nicht aber auf solche, die kraft besonderer wohlerworbener Rechte von dieser Armensteuer unbedingt befreit sind, wie dies in so hohem Grade von den Academie-Verwandten gilt.

5) Wäre auch dem allen nicht so, so würde schon aus der offensichtlichen Ratio legis hervorgehen, dass die Academie von diesem Gesetze wenigstens in der Art nicht getroffen wird, wie die Gegner geltend machen wollen. — Die

Verba enuntiativa der Verordnung besagen ausdrücklich, dass dieselbe *in Folge der aufgelösten Bande der Gutsunterthänigkeit* erlassen sey. Es war demnach der nächste Grund und die eigentliche Absicht des Gesetzes, denjenigen, die früher in der Leibeigenschaft selbst eine Stütze für den Fall der Verarmung gefunden hatten, eine Zuflucht durch das *OrtsArmenrecht* zu verschaffen; weshalb die Verordnung auch vorzugsweise von den Domainen und Rittergütern handelt, und die bestehenden Armenordnungen der Landstädte nicht alteriren will. Wenn jedoch daneben noch das OrtsArmenrecht und die desfallsige Pflicht der OrtsObrigkeit allgemein anerkannt wird, so kann dieses nur bezwecken sollen, dass jeder Arme an eine bestimmte Orts-Obrigkeit und deren Fürsorge gewiesen sey, nicht aber, dass dadurch zugleich die seitherigen Rechtsverhältnisse der OrtsObrigkeiten untereinander verändert und aufgehoben würden. Unbezweifelt sind nun aber Rector und Concilium mit demselben Rechte eine OrtsCommunalObrigkeit zu nennen, als der hiesige Magistrat. Die Ringmauern Rostocks schliessen so gut die Universität Rostock, als die Stadt Rostock im engern Sinne ein, und dass Rector und Concilium ihrer ursprünglichen Stellung nach zu den hier wohnenden *academischen Bürgern* in derselben Stellung, selbst was StrassenPolicei und dergleichen betraf, sich befanden, als der Rath und die städtischen Quartiere zu den *Stadtbürgern*, beweisen unzählige Verfügungen, wie z. B. eine gerade vorliegende gedruckte Verordnung Rectoris et Concilii vom 18ten Januar 1780 über die StrassenPolicei. Durch die Uebertragung

der gesammten *Stadt*Policei als solcher auf den Rath, haben aber Rector und Concilium ihre Bedeutung als CommunalObrigkeit so wenig verloren, als dadurch der Begriff der von den städtischen verschiedenen *ansässigen academischen Bürger* aufgehoben worden ist. Hieraus folgt nicht nur das Anmaassliche, Rector und Concilium gegenüber, Rath und BürgerCollegien als eine *höhere gesetzgebende Behörde* zu bezeichnen, sondern auch, dass, wenn die gedachte Verordnung auf die Universität Rostock einige Beziehung haben soll, diese nur darin gesucht werden kann, dass die Universität, gleich jeder andern Ortsgemeinde, verpflichtet sey, für ihre Armen selbst zu sorgen, und durch ihre Obrigkeit, d. i. Rector und Concilium, zu verhindern, dass ihre Armen nicht Dritten zur Last fallen. Diese Sorge zu übernehmen, sind wir auch gerne bereit, so wie wir denn auch seither in Betreff unserer academischen Armen die von uns freiwillig unterstützte städtische Armenordnung selten oder nie in Anspruch genommen haben. Könnte über die desfallsigen Rechte der Universität noch ein Zweifel obwalten, so würden Recht und Billigkeit durchaus verlangen, diesen zu Gunsten der Universität auszulegen. Denn sie hat nicht, wie die Stadt Rostock, Güter mit Leibeigenen gehabt; ihr ist dies ganze Verhältniss der Leibeigenschaft fremd geblieben; daher auch die Folgen derselben und ihrer Aufhebung ihr möglichst fremd bleiben müssen.

6) Selbst aber auch angenommen, jedoch nicht zugestanden, dass die AcademieVerwandten mit den übrigen Einwohnern Rostocks eine rechtliche Einheit bildeten, und der hiesige Magistrat

vorzugsweise unter dem Namen der OrtsObrigkeit zu begreifen sey; so würde daraus noch immer nicht folgen, dass nun kraft des §. 15 der fraglichen Verordnung — abgesehen auch von allen andern Gründen — die AcademieVerwandten zur Rostockschen Armenversorgung beisteuern *müssten.* Dem Orte, der Stadt Rostock, liegt die Armenversorgung ob. Die Academie ist aber kraft der ihr seit uralter Zeit verliehenen, und städtischer Seits wiederholt anerkannten Immunitäten von allen persönlichen *Stadtlasten* als solchen frei, mögen diese nun in alter oder neuer Zeit entstanden seyn. Dieses zwischen der Stadt und der Universität Rostock bestehende PrivatVerhältniss kann durch landesherrliche Verordnungen nicht verändert werden. Diese können wohl neue Stadtlasten auf die Stadt Rostock legen, können jedoch diese nicht von der rechtlichen Nothwendigkeit befreien, alle Stadtlasten selbst und ohne erzwingbare Beihülfe der Universität zu tragen, vorausgesetzt, dass nicht die vollständige Unmöglichkeit der Tragung der Stadtlasten durch die Stadt und ihre Bürger erwiesen vorliegt. Dieser Grund würde schon allein hinreichen, um uns gegen die Ansprüche des Rathes vollkommen sicher zu stellen; wir haben jedoch geglaubt, auch die näher liegenden aus der Natur der Verhältnisse hervorgehenden Gründe zur Aufhellung des ganzen Streitgegenstandes nicht übergehen zu dürfen.

IV.

Über den Eigenthumsübergang der Waaren durch Zeichnung und Einsendung der Connossemente, nach Römischem und Deutschem Rechte.

Ein Rechtsgutachten in Sachen des Kaufmanns Herrn Eduard Mertens in Hamburg, Klägers, wider den Erbmüller Marcurth zu Findenwirunshier, Beklagten, pt. Ausantwortung einer Quantität Waizen.

Das Handelshaus Eduard Mertens zu Hamburg stand bereits seit einiger Zeit mit dem Kornhändler W. in Schnackenburg in Geschäftsverbindungen. Aus der Correspondenz ergibt sich über die Natur derselben Folgendes:

W. betrieb den Kornhandel für eigne Rechnung, jedoch mit Hülfe des Hrn. E. Mertens in Hamburg, der nicht nur seine Commissionen besorgte, sondern ihm auch das erforderliche Geld vorstreckte. In dieser Hinsicht war schon im Januar 1833 verabredet worden, dass W. bei Einsendung von Connossementen die nöthigen Vorschüsse auf die betreffenden Ladungen erhalten solle. Demgemäss stellte W. auch à Conto einzelner Ladungen Tratten auf Hrn. E. Mertens aus, welche von diesem geschützt wurden, sobald das betreffende Connossement in seine Hände gekommen war, und hinsichtlich deren W. Vergütung bei der Abrechnung der Ladung versprach. — Unterm 7ten Juli 1834 sendete W. u. a. nachfolgendes, vom Schiffer Fritze aus Grippel gezeichnete Connossement ein:

„Ich Schiffer Fritze aus Grippel, welcher jetzt bei Schnackenburg lade, um nach Hamburg zu segeln, wo meine rechte Entlöschung seyn soll, bescheinige, dass ich im Raume meines Fahrzeuges von dem Hrn. G. F. W. in Schnackenburg *fünfundvierzig Wispel Waizen* gut und wohlbehalten empfangen habe, um nach zurückgelegter glücklichen Reise im nämlichen guten Zustande wieder abzuliefern in Hamburg an Ordre des Hrn. Eduard Mertens gegen Bezahlung der Fracht von acht Thalern Pr. Cour. pr. Last. Zur Erfüllung verbinde ich meine Person, Güter und das Schiff mit allem Zubehör, worüber ich diesen Ladungsschein unterschrieben habe etc.“

Zugleich ward von W. angezeigt, dass der Schiffer Fritze *klar* sey. Dagegen bezeugt aber im *Manifeste* des Schiffers das Kgl. Preussische Zollamt Witteberge unterm 19ten Juli 1834, dass derselbe 9 Wispel, und das Kgl. Hannöversche Zollamt zu Schnackenburg unterm 31sten August, dass er dazu 26 Wispel 2 Scheffel Waizen geladen habe, also überhaupt 35 Wispel, 2 Scheffel. Hieraus ergibt sich deutlich, dass der Schiffer Fritze das Connossement gezeichnet und W. dasselbe eingesandt habe, bevor der Schiffer die Ladung empfangen. Ein ähnliches Verfahren in Betreff anderer Schiffsladungen geht aus der Correspondenz und andern Umständen hervor, so wie es überhaupt höchst wahrscheinlich wird, dass W. verschiedentlich die Schiffer verleitete, die Connossemente schon vor Empfang der Ladung zu zeichnen, um mit dem, nach erfolgtem Accept seiner Wechsel erhaltenen Gelde, das Getreide erst einzukaufen. —

So standen die Sachen, als das Handelshaus E. Mertens die Nachricht erhielt, dass die Vermögensverhältnisse des W. sich so schlecht gestalteten, dass es rathsam sey, sich namentlich der, noch immer nicht zu Hamburg angelangten Fritzeschen Ladung sofort zu versichern. Allein die Warnung kam zu spät. Denn schon unterm 4ten September hatte W. zu *Grabow* in Mecklenburg einen förmlichen schriftlichen Kaufkontract mit dem Gastwirth B. daselbst abgeschlossen, in welchem er diejenige Quantität Waizen, welche er in einem, dem Schiffer Fritze aus Grippel gehörigen, auf der Elbe nahe bei Dömitz ankernden Fahrzeuge vorräthig habe, und welche bei der Verzollung zu 35 Wispeln, 2 Scheffeln, oder zu 842 Scheffeln Grabower Maass angegeben sey, an den Gastwirth B. zum völligen unbeschränkten Eigenthum zu 1 Rthlr. 2 sl. N$\frac{2}{3}$ für den Scheffel verkaufte. Einem NotariatsProtocolle zufolge war der Waizen an demselben Tage von W. dem B. auf dem Fahrzeuge tradirt und überwiesen worden, nachdem der Schiffer Fritze auf Befragen erklärt hatte, dass die Ladung dem W. eigenthümlich gehöre. Von dem Käufer B. ward hierauf der gedachte Waizen weiter an den Erbmüller Marcurth zu Findenwirunshier veräussert und tradirt.

In Folge dessen ward das Handelshaus E. Mertens zu Hamburg gegen den Erbmüller Marcurth als Besitzer des fraglichen Waizens bei dem Amtsgericht zu Dömitz klagbar und bat, den Beklagten zur Restitution des Waizens cum omni causa anzuhalten. Nach gehöriger Verhandlung der Sache vor dem Amtsgerichte zu Dömitz erfolgte unterm 22. September 1834, ein Erkenntniss dieses Gerichts dahin, dass Kläger den Grund

seiner Klage, dass nämlich Beklagter im Besitz von 35 Wispeln und 2 Scheffeln, oder weniger, desjenigen Waizens sich befinde, woran vom Kläger bereits vor der Besitznahme des Beklagten Eigenthum oder ein besseres Recht, als Letzterem daran zustände, erworben, innerhalb 3 Wochen salva reprobatione rechtsgenüglich zu beweisen schuldig sey. — Gegen dieses Erkenntniss wandte Kläger das Rechtsmittel der Appellation ein, nicht nur über den auferlegten Beweis, sondern auch darüber sich beschwerend, dass ihm nicht der Beweis der betrüglich geschehenen Veräusserung des Waizens freigelassen sey.

In diesem Stadio des Prozesses forderte Kläger durch seinen Anwald von dem Herausgeber ein Rechtsgutachten über nachfolgende Fragen:

I. Ist in dem vorliegenden Falle Eigenthum, oder überall ein besseres Recht, als für den Erbmüller Marcurth, für das Handelshaus E. Mertens in Hamburg zu behaupten?

A. Diese Frage ist zunächst nach *gemeinem Römischen Rechte* zu beurtheilen, da sowohl in Schnackenburg und Hamburg, als in Dömitz, demnach an allen hier möglicher Weise in Betracht kommenden Orten das gemeine Recht gilt.

Bekanntlich kennt das Römisch-Justinianeische Recht keine symbolische Tradition. Was früher irrthümlich dafür angesehen worden ist, beruht auf wirklicher Besitzübergabe, und die Annahme eines Besitz- und Eigenthumserwerbes durch Uebergabe eines wirklichen Symboles wird durch keine Gesetzesstelle des Corpus juris gerechtfertigt. Erst seitdem *von Savigny* in sei-

nem *Recht des Besitzes* (5. Aufl. §. 14—18.) allgemein überzeugend nachgewiesen hat, dass das Römisch-Justinianeische Recht keine symbolische Tradition kennt und dass alles, was früher in dieser Hinsicht angenommen worden ist, auf völliger Verkennung der Natur des Corpus possessionis, oder der äussern Besitzhandlung beruht, ist der richtige Standpunkt für die Beantwortung der Frage gewonnen worden, ob in der Übergabe des Connossementes eine Übergabe der Waare selbst nach Römischem Rechte gefunden werden könne? — So wie man früher in der Übergabe der Schlüssel eine symbolische Tradition erblickte, so seither auch in der Übergabe des Connossementes; nur dass jene nach Römischem, diese allein nach Deutschem Rechte zu beurtheilen sey. Wäre das Connossement wirklich nur Symbol, dann müssten wir freilich jetzt ohne Weiteres denen beistimmen, welche, wie *Rentzel* (de literis recognit. praes. duplic. Lugd. 1754), *Gesterding* (alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrten, N. VII., S. 223 ff.), *Jacobsen* (Seerecht S. 234 ff.), *Ortloff* (Grundzüge eines Systems des Deutschen Privatrechts, S. 464, N. 29.) und zuletzt noch *Meno Pöhl* (Darstellung des gemeinen Deutschen und des Hamburgischen Handelsrechtes, B. 1. Allg. Theil. §. 86, S. 181.), die Anwendbarkeit der Römischen Grundsätze beim Connossemente bestreiten; letzterer in den Worten: „Die Lehre „des Römishen Rechts über die verschiedenen Ar„ten des Besitzes lassen sich auf die Tradition „durch Connossemente schwerlich in ihrer vol„len Ausdehnung anwenden; man muss diese viel„mehr als dem spätern Rechte eigenthümlich be„trachten, obgleich nicht zu leugnen ist, dass das

„Römische Recht wohl seinen Einfluss auf die „Ausbildung der über Connossemente aufgestell- „ten Rechtsgrundsätze geäussert haben mag." — Wenn aber nachgewiesen werden kann, dass durch den Besitz des Connossementes, wie durch den Besitz der Schlüssel, die factische Möglichkeit der Disposition über die Waare begründet wird, so kann hier so wenig, als bei der Schlüsselübergabe noch von einem blossen Symbole die Rede seyn, und es fällt damit auch die Ausschliessung Römischer Grundsätze um so mehr weg, als diese hinsichtlich der ganzen Lehre von der Tradition nur aus der Natur der Verhältnisse, der naturalis ratio, abgeleitet sind, und dem gemeinen Jus gentium angehören. Dabei versteht es sich von selbst, dass der Standpunkt festgehalten werden muss, den die Wissenschaft seit den Savignyschen Untersuchungen in der Lehre vom Besitz, insbesondere auch hinsichtlich des Erwerbs durch Stellvertreter, gewonnen hat.

Aus einer unbefangenen Würdigung der wahren Natur des Connossementes ergibt sich für die hier in Frage stehenden Punkte Folgendes:

1. *Gesterding* (a. a. O.) bemerkt richtig, dass zum Connossemente von Seiten des Schiffers nicht bloss die Bescheinigung des Empfanges gewisser benannter oder bezeichneter Waaren gehöre, sondern auch die Uebernahme der Verbindlichkeit, die Waare an die bestimmte, oder zu bestimmende Person abzuliefern. Dennoch nimmt er an, dass das Connossement seinem Hauptinhalte nach nur ein *Empfangschein* sey. Hiergegen streitet ausser dem Obigen auch ein im Wesen des Connossementes begründeter Umstand, dass nämlich nach übereinstimmen-

dem Gebrauche der ganzen Handelswelt, nach allen hierüber vorhandenen inländischen und ausländischen gesetzlichen Bestimmungen und nach den eignen Worten des genannten Schriftstellers „von jener Urkunde (wenigstens) *drei* gleichlau„tende Exemplare ausgefertigt werden, wovon „das Eine der Absender behält, während er das „Zweite dem Empfänger der Ladung sendet, wel„cher im Connossemente, oder von ihm in dorso „desselben genannt ist, das dritte in den Hän„den des Schiffers bleibt.“ In dieser Beziehung heisst es z. B. im *Preussischen Landrecht* (II. 8. N. 1670): „Von jedem Connosse„mente muss der Schiffer *drei* Exemplare — „unterzeichnen;“ im *Dänischen Gesetz Königs Christian V.* (IV, 2, 2): „Zu dem soll der „Schiffer auf alles Gut, klein oder gross, an „einen jeden, der etwas einschifft, *drei* gleich„lautende Schriften, die Cognoscementen ge„nannt werden, ausstellen.“ (S. a. *Mittermaier*, Grundsätze des gem. Deutschen Privatrechts, 4. Ausg. §. 491; *Eichhorn*, Einleitung in das Deutsche Privatrecht, 2. Aufl. §. 392; *Meno Pöhl* a. a. O.) Mit Recht bemerkt auch *Büsch* (in den Zusätzen zur Darstellung des Handels, B. 3, S. 222), dass das dem Empfänger zuzusendende Exemplar das wichtigste von diesen dreien sey, da dieses zur Übertragung des Eigenthums diene, auch zu grösserer Sicherheit des Empfängers oft mehrere Exemplare durch verschiedene Gelegenheiten ihm zugesandt würden, damit Ein Exemplar ihn sicher erreiche. Hiernach weiss der Schiffer, welcher das Connossement ausstellt, dass das Eine der von ihm gezeichneten Exemplare vom Absender sofort an Den gesandt wird, an welchen oder an dessen

Ordre der Schiffer die Ladung abzuliefern im Connossemente verspricht. Hieraus erhellt, dass das Connossement nicht gleich dem, gewöhnlich vom Steuermann ausgestellten Recepisse, ein blosser Empfangschein, oder eine Quitung sey. Es liegt vielmehr in dem Connossemente ausser dem Empfangsbekenntniss auch die dem Ladungsempfänger durch den Befrachter zu notificirende und demnach auch hinsichtlich seiner geltende Übernahme der Verbindlichkeit von Seiten des Schiffers, die entgegengenommene Waare dereinst am rechten Löschungsorte in gehörigem Zustande gegen Zahlung der Fracht an den bestimmten Empfänger, Consignatar oder Destinatär abzuliefern. Zwar möchte man fragen, wie, so lange der Schiffer nicht ausdrücklich vom künftigen Ladungsempfänger zur Entgegennahme der Waare beauftragt worden sey, so lange also kein Mandat desselben vorliege, der Schiffer sich gegen ihn verpflichten könne? Allein zunächst handelt der *Absender* entweder als Mandatar oder Negotiorumgestor des Consignatars, nimmt Namens desselben den für diesen bestimmten, vom Schiffer ausgestellten Ladungsschein entgegen, um ihn demselben per Post zuzustellen, und nimmt somit auch das vom Schiffer dem Consignatar gegebene Versprechen als Stellvertreter des Letztern acceptirend entgegen; so dass der Schiffer nunmehr beiden Theilen verhaftet ist, und gleichmässig sowohl vom Befrachter selbst, als durch diesen auch vom künftigen Empfänger angenommen erscheint. Wo aber ein derartiges Verhältniss in Frage steht, da ist auch, abgesehen von allen Benennungen, eine Beurtheilung nach den allgemeinen Grundsätzen des Römischen Rechts möglich.

Im fraglichen Falle liegt es nun ebenfalls vor, dass der Schiffer Fritze aus Grippel einen derartigen, mit seinem Wissen und Willen an den Ladungsempfänger, Herrn E. Mertens in Hamburg, einzusendenden Schein unterm 7ten July 1833 ausgestellt hat; worin er anerkennt: 1) *dass in Hamburg seine rechte Entlöschung seyn solle*, demnach, dass er die Verpflichtung übernehme, mit seinem Fahrzeuge nach *Hamburg* zu segeln, und dass er, es sey denn, dass er einen Nothhafen suchen müsse, nur hier und an keinem andern Orte löschen oder ausladen dürfe (*Büsch*, a. a. O., B. 3, S. 212); 2) *dass er von dem Herrn G. F. W. — in Schnackenburg 45 Wispel Waizen gut und wohlbeschaffen empfangen habe*, auf welches Bekenntniss sich sowohl der Befrachter, als jeder Andere, welcher die richtige Ablieferung des Empfangenen zu fordern berechtigt ist, berufen kann; 3) dass er diesen Waizen empfangen habe, *um ihn nach zurückgelegter glücklicher Reise im nämlichen guten Zustande abzuliefern in Hamburg an Ordre des Herrn Eduard Mertens gegen Bezahlung der Fracht von acht Thalern Pr. Cour. pr. Last;* welche Bescheinigung, dem künftigen Ladungsempfänger wissentlich ausgestellt, allerdings die Uebernahme einer Verbindlichkeit gegen diesen enthält, nämlich an denselben oder dessen Ordre die Ladung gehörig abzuliefern. Wenn es daher noch schliesslich 4) heisst: *Zur Erfüllung verbinde ich meine Person, Güter, und das Schiff mit allem Zubehör, worüber ich diese Ladungsscheine unterschrieben habe*; so ist dieses nicht bloss auf den Befrachter, sondern auch auf den künftigen Empfänger zu beziehen, dem darnach das Schiff nebst allem

Zubehör gleichmässig aus diesem Connossemente oder Ladungsscheine verhaftet worden ist.

2. Hält man nun dieses *persönliche* Verhältniss zwischen dem Schiffer und Consignatar fest, so gestaltet sich von selbst auch das *dingliche* Verhältniss des Letztern zur Ladung schon nach gemeinem Römischen Rechte ganz anders, als *Gesterding* u. a. fälschlich angenommen haben. Bekanntlich gehört zum Erwerb der eigenthümlichen Possessio vor Allem der Animus sibi possidendi, welcher jedoch nicht aus der Luft gegriffen werden kann, sondern regelmässig einer factischen Grundlage, des Corpus possessionis, bedarf. Die Römischen Juristen bezeichnen dieses letztere, namentlich in Betreff beweglicher Sachen, als die *Custodia rei*, z. B. in l. 3. §. 13. D. 41, 2, de acqu. v. amm. possessione:

„Nerva Filius res mobiles — quatenus sub custodia nostra sint, hactenus posideri, id est, quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus.“ (S. a. l. 44. pr. l. 47. D. e. t.)

Indem nun aber eine solche Custodia auch durch Mittelspersonen ausgeübt werden kann, liegt darin zugleich die Möglichkeit des Erwerbs der Possessio durch Stellvertreter.

Daher sagt Javolenus in der l. 51. D. e. t.:

„Si acervum lignorum emero, et eum venditor tollere me jusserit, *simul atque custodiam posuissem, traditus mihi videtur.* — Nihil interest, utrum mihi, an et cuilibet jusserim, custodia tradatur. — Nihil video interesse, utrum ipse acervum, an mandatu meo alius custodiat.“

Dabei versteht es sich von selbst, dass der Animus sibi possidendi, worin das Wesen der eigentlichen Possessio vor Allem begründet ist,

von dem wahren Erwerber desselben ausgehen muss; weshalb ein vorhergehendes Mandat, oder eine nachfolgende Ratihabition von seiner Seite nöthig wird. Denn da in jeder Willenserklärung dieser Art der Animus sibi possidendi offensichtlich vorhanden ist, so ist damit auch der Erwerb der Possessio begründet, mag nun der Erwerb der Custodia durch den Stellvertreter der Erklärung des Dominus negotii nachfolgen, oder vorhergehen. Demgemäss bemerkt auch *Ulpian* in der l. 42, §. 1, D. e. t.:

„Procurator, si quidem mandante domino emerit, protinuo illi acquirit possesionem; quod si sua sponte emerit, non nisi ratam habuerit dominus emptionem."

Nur auf den ersten Fall, dass das Mandat dem Erwerb der Custodia durch den Stellvertreter vorhergeht, bezieht sich auch der Ausspruch der l. 40. §. 2, D. e. t.

„Possessio per procuratorem ignoranti acquiritur;"

wo aber die Ratihabition nachfolgt, kann auch erst mit dieser die Possessio als begründet betrachtet werden.

Die Anwendbarkeit dieser Grundsätze auf das Connossement und auf den vorliegenden Rechtsfall ergiebt sich von selbst. Der Schiffer, welcher für den Consignatar die Ladung in Empfang nimmt, übernimmt auch für ihn die Custodia derselben. Allein wo wie im gewöhnlichen, so auch im vorliegenden Falle, kein Mandat voraus gegangen ist, wo der Ladungsempfänger den Schiffer nicht zur Entgegennahme der Waare abgesandt, oder ausdrücklich bevollmächtigt hat, da geht demnach die eigentliche Possessio erst mit dem hinzukommenden Animus sibi possidendi

des Consignatars auf diesen über. Ein solcher Animus ist nun aber regelmässig in dem Augenblicke der Wissensahaft, also der Entgegennahme des vom Schiffer gezeichneten Connossementes bedründet, in welchem von selbst die Ratihabition des Geschehenen enthalten ist. Solchem nach darf mit Grund behauptet werden, dass das Connossement mehr als ein blosses Symbol der Waare sey. Es bezeugt vielmehr, dass der Schiffer die Custodia oder den factischen Besitz der Waare Namens des Consignatars ergriffen hat, und gibt diesem durch die Zusendung Gelegenheit, den auf die Custodia seines Stellvertreters, des Schiffers, gegründeten Animus sibi possidendi, und mit diesem die wahre juristische Possessio zu erwerben. Indem das Connossement aber auf Ordre lautet, und der Schiffer sich im Voraus verpflichtet hat, die Ordre des Consignatars zu respectiren und demgemäss an den Inhaber des Connossementes die Waare abzuliefern, kann der Consignatar über die in der Custodia des Schiffers befindliche, und von diesem zu seiner Disposition gestellte Waare in so fern frei verfügen, dass er das Recht der Empfangnahme der Waare und damit die Possessio selbst mit dem Connossemente einem Andern übertragen kann, für den das Connossement gleichsam der Schlüssel zur Waare ist, durch welchen er zum NaturalBesitz derselben gelangen kann. So wenig daher der Schlüssel als blosses Symbol angesehen werden darf, so wenig das Connossement, mit dem vielmehr die wirkliche Custodia selber, welche der Schiffer nur Namens des Consignatars und seiner Ordre ausübt, erworben wird. Hieraus ergibt sich auch von selbst die rechtliche Möglichkeit der Aus-

stellung mehrfacher Connossemente hinsichtlich derselben Waare, jedoch nur so lange das erste Connossement noch nicht in die Hände des Consignatars gelangt ist. Denn wenn auch der Schiffer bei Zeichnung des ersten ihm vorgelegten Connossementes die Custodia oder den NaturalBesitz für den in diesem Connossemente genannten Consignatar ergreift, so ist er doch, so lange die Ratihabition nicht erfolgt, das Connossement nicht angelangt ist, mit Genehmigung des Absenders befugt, den Besitz Namens eines Andern auszuüben, und demgemäss ein zweites ihm vom Absender vorgelegtes Connossement zu zeichnen. Da der Schiffer für sich kein selbstständiges Recht weder durch die Entgegennahme der Waare, noch durch die Zeichnung des Connossementes erwirbt, der Consignatar aber erst ein Recht mit der Entgegennahme des Connossementes, vorausgesetzt, dass die Custodia noch in seinem Namen ausgeübt wird, erlangt, so erhellt daraus auch, dass der Schiffer *bis dahin* den veränderten Dispositionen des Absenders nichts entgegensetzen und die Zeichnung eines zweiten Connossementes nicht ablehnen kann, von dem Augenblick aber, wo der Consignatar durch Entgegennahme des Connossementes Rechte an der Waare erworben hat, diesem wegen jeder Untreue und daher auch wegen Auslieferunu der Waare an Dritte, verhaftet ist. Mit Recht bemerkt daher auch *Mittermaier* (Grunds. des deutschen Privatrechts, 4. Ausg. §. 511): „Da der Absender des Connossementes, *so lange dasselbe nicht in die Hände des Destinatärs gelangt ist*, über die Waare verfügen kann, so erklärt sich auch, warum man ihm eine Verfügung über das Connossement gestattet und die

Absendung eines zweiten Connossementes erlaubt; nur kann nie diese Vernichtung der Wirkung des ersten Connossementes gestattet seyn, *wenn schon dasselbe dem Destinatär zugekommen, oder die Waare ausgeliefert wäre.*" — Auch anderweitige Dispositionen des Befrachters über die Ladung hängen natürlich von demselben Umstande ab, vorausgesetzt, dass der Consignatar in irgend einer Beziehung ein selbstständiges Recht an den Waaren erwirbt. —

3. Wenn nun auch nach dem Vorgetragenen es ausser allem Zweifel zu stehen scheint, dass Hr. E. Mertens die Possessio des fraglichen Waizens erworben habe, so tritt uns doch noch die Frage entgegen, ob derselbe bei dem zwischen ihm und dem G. F. W. obwaltenden besondern Geschäftsverhältnisse einen Animus sibi possidendi, worauf jeder Erwerb der Possessio wesentlich gegründet ist, sich überall zuschreiben konnte? Es haben nämlich mit Recht neuere Rechtslehrer darauf aufmerksam gemacht, dass das zwischen dem Befrachter und Ladungsempfänger obwaltende persönliche Rechtsverhältniss auf die durch das Connossement zu begründende Stellung zu den Waaren einen entschiedenen Einfluss haben müsse. Ist nämlich der Ladungsempfänger blosser Commissionär, der die Ladung für Rechnung des Absenders verkaufen soll, so kann die Zeichnung und Einsendung des Connossements für ihn so wenig das Eigenthum der Waaren begründen, als die unmittelbare Überlieferung derselben es bei dem mangelnden Animus dominii transferendi und acquirendi vermöchte. Allein auch selbst die eigentliche Possessio kann er wegen mangelnden Animus sibi possidendi in der Regel nicht erwerben, sondern gewöhnlich nur

kraft der vom Schiffer in seinem Namen ausgeübten Custodia die Detention und ein darauf sich gründendes Retentionsrecht; in welcher Beziehung auch *Kosegarten* (im Archiv für das Handelsrecht B. 1, N. 12, S. 206) bemerkt: „Wer aber einmal durch das Connossement Besitzer einer Waare geworden, auch wenn er nicht im Eigenthumsbesitz (blosser Detensor) ist, hat doch das mit jedem Besitz überhaupt verbundene Retentions- und CompensationsRecht.“ Ausnahmsweise kann aber auch der Commissionär, wenn gleich nicht Eigenthum, doch ein *Pfandrecht* an der Waare erwerben, und zwar durch das Connossement ein mit wahrer Possessio bekanntlich verknüpftes Faustpfandrecht; was in dem vorliegenden Falle uns klar entgegentritt.

Erwägen wir nämlich das aktenkundige Verhältniss zwischen dem Hrn. E. Mertens und dem G. F. W., so kann es zwar keinem Zweifel unterliegen, dass Letzterer nicht die Absicht hatte, Jenem das Eigenthum des Waizens zu übertragen, auch Jener nicht das Eigenthum zu erwerben beabsichtigte. Denn W. hatte weder für Rechnung des Hrn. E. Mertens den Waizen angekauft, noch den für eigne Rechnung angekauften Waizen diesem verkauft; auch sollten die von W. gezogenen 2500 Mk. keinesweges die Bedeutung eines Kaufgeldes haben. Vielmehr erscheint Hr. E. Mertens nach der Correspondenz sowohl, als nach seiner eigenen Aussage der Hauptsache nach nur als Commissionär des G. F. W., welcher den ihm von diesem zugesandten Waizen für dessen Rechnung verkaufen sollte. Damit fällt nothwendig die Annahme einer Eigenthumsübertragung, so wie auch, da die bonae fidei possessio bei ihrer Be-

gründung durch Tradition so gut, als das Eigenthum selbst, den Animus dominii transferendi und acquirendi erfordert, einer bonae fidei possessio und Actio Publiciana. — Möchte man nun unter diesen Umständen anzunehmen geneigt seyn, dass zu Gunsten des Hrn. E. Mertens als Commissionärs des G. F. W. auch nicht von einer *Possessio* geredet werden könne; so ergibt sich doch bei genauerer Erwägung ein Anderes. Es hat sich nämlich Hr. E. Mertens laut der Correspondenz auf den Antrag des W. im Anfang ihrer Geschäftsverbindung bereit erklärt, sobald ihm die gezeichneten Connossemente zugesandt würden, auf die einzelnen Ladungen dem W. Gelder baar oder durch Wechsel vorzuschiessen. Dies ist denn auch in Betreff der fraglichen Ladung des Schiffers Fritze aus Grippel geschehen. In demselben Schreiben vom 7. Juli, worin W. dem Hrn. E. Mertens anzeigt, dass Fritze klar sey und ihm das betreffende Connossement über 45 Wispel Waizen schickt, schreibt er ihm zugleich: „die *darauf* entnommenen Bck. Mk. 2500, Ordre Mansfeld, 2 Monate, wollen Sie vorkommend gefälligst schützen.“ Hieraus geht deutlich hervor, dass nach der Absicht beider Contrahenten die fragliche Ladung zur Sicherheit für die durch Wechsel von Hrn. E. Mertens bezogene Summe, *also als Pfand*, dienen sollte, demzufolge der Commissionär zugleich *Pfandgläubiger* war und als solcher aus der durch den künftigen Commissions Verkauf zu lösenden Summe sich bezahlt machen durfte; welche an sich begründete rechtliche Befugniss des Hrn. E. Mertens von W. in Beziehung auf diese fragliche, sowie auf anderweitige Ladungen auch wiederholt anerkannt

und überall stillschweigend vorausgesetzt worden ist. — Da nun aber von einer blossen Hypothek hier nicht wohl die Rede seyn kann, sondern ein eigentliches Pignus oder Faustpfand hier erforderlich wird, dieses aber Possessio mit dem, *freilich nur auf das Pfandrecht* zu beziehenden *Animus sibi possidendi* verlangt; so ergibt sich nun von selbst, welche besondere Wichtigkeit der Besitz des Connossementes unter diesen Umständen für den Hrn. E. Mertens erhält. Zu der deutlich erklärten Absicht des Ladungs-Eigenthümers, für die von Hrn. E. Mertens bezogenen Bck. Mk. 2500 demselben die von Schiffer Fritze geladenen 45 Wispel Waizen zu verpfänden, oder was gleich ist, zur Sicherheit zustellen, musste nun noch die wirkliche *Besitzübergabe* derselben hinzukommen, wenn von einem eigentlichen *Pignus* im engern Sinne des Wortes die Rede seyn sollte. Da also in dieser Hinsicht hier grade dasselbe, was bei der Eigenthumsübergabe, erforderlich ist, so ergibt sich auch von selbst, dass unter diesen Umständen die Einsendung des vom Schiffer gezeichneten Connossementes an den LadungsEmpfänger bei der vom Schiffer für diesen erworbenen Custodia und dem von jenem selbst als Pfandgläubiger gefassten Animus sibi possidendi, *Possessio* und mit ihr ein eigentliches *Pignus* begründen musste. Demgemäss haben auch mit Recht verschiedene neuere Rechtslehrer angenommen, dass durch Connossement ein Pfandrecht an den Waaren erworben werden könne; was im gegenwärtigen Falle nach dem Ausgeführten vollkommen eintritt. So sagt *Meno Pöhl* (a. a. O., S. 185): „Ein Vorschuss auf die Waare, also auch Acceptatation von Wechseln für einen Theil des

Belaufs gibt kein Eigenthum. — Dagegen erhält durch den Vorschuss der Inhaber des ersten Connossements *ein dingliches Recht* an der Waare, vermöge dessen er dieselbe retinirt. Will daher der Inhaber des zweiten Connossementes sein Vorzugsrecht ausüben, so muss er Jenem seinen Vorschuss ausbezahlen. Denn wenn auf die Waare vorgeschossen ist, so war die Waare, die ja als Sicherheit für den Vorschuss anzusehen war, *stillschweigend verpfändet*, der Ablader konnte also nur so weit frei über die Waare disponiren, als er selbst noch freier Eigenthümer war.“ Zwar möchte man daraus noch einen Zweifel hernehmen wollen, dass der das Conossement signirende Schiffer nicht erweislich von den Geld- und Verpfändungsgeschäften zwischen dem Absender und LadungsEmpfänger Kunde gehabt und demnach den Hrn. E. Mertens nur als gewöhlichen Commissionär des G. F. W. betrachtet habe, dem weder Eigenthum, noch Pfandrecht an der Ladung übertragen werden solle. Allein dagegen ist anzuführen, dass es beim Besitzerwerb durch Stellvertreter nur auf die durch sie begründete *Custodia* ankomme, der ausserdem erforderliche *Animus sibi possidendi* aber von dem *HauptErwerber* selbst ausgehe, und es daher auch ganz gleichgültig sey, ob in unserm Falle der Schiffer Fritze von den zwischen W. und E. Mertens geschlossenen besondern Rechtsgeschäften und den hieraus abgeleiteten Pfandbesitzrechten des Letztern Kunde habe oder nicht; sobald er nur die Custodia über den geladenen Waizen Namens desselben ausübt, was, wie oben gezeigt, vom Augenblick der Zeichnung des Connossementes allerdings anzunehmen ist. —

4. Ein anderer Zweifel möchte daraus entnommen werden, dass, wie der spätere Verlauf erwiesen hat, der Schiffer Fritze mit dem Verlader W. durchstach, zur Schmälerung des Pfandbesitzrechtes des Hrn. E. Mertens widerrechtlich den Besitz des Waizens aufgab, und demnach als falsus Procurator sich erwies, ein solcher aber anscheinend für den Principal keinen Besitz erwerben kann. Allein abgesehen davon, dass es schwerlich erwiesen werden kann, dass der Schiffer Fritze gleich bei der Entgegennahme der Ladung und bei der Ausstellung des Connossementes betrügerische Absichten gegen Hrn. E. Mertens hegte, ein späterer Verlust des NaturalBesitzes aber durch die Untreue des Stellvertreters das einmal begründete Pignus nicht rückgängig machen kann, — so kommt auch selbst die gleich Anfangs obwaltende mala fides des Stellvertreters in Betreff des Erwerbes oder NichtErwerbes der Possessio nicht in Betracht, sobald der Stellvertreter nur als solcher und daher *Nomine des Haupterwerbers* aufgetreten ist und so seine körperliche Handlung als diesem angehörend bezeichnet hat, indem damit für diesen, der Unzuverlässigkeit und Falschheit seines Stellvertreters ungeachtet, die Custodia und das Corpus rei erworben ist, was durch seinen eignen Animus sibi possidendi ergänzt wird; weshalb es eben auf den Animus und die Fides des Stellvertreters nicht ankommt. Anders freilich, wenn der Stellvertreter nicht als solcher, Nomine alterius, sondern *suo nomine* auftritt, und der seitherige Besitzer demnach ihm für seine eigne Person den Besitz überträgt; in welchem Falle sein doloser Animus sibi possi-

dendi freilich entscheidend wird. Daher sagt *Paulus* in der l. 1 §. 20 D. 41, 2:

> „Per procuratorem, tutorem, curatoremve possessio nobis acquiritur. Cum autem *suo nomine* nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam dumtaxat suam accommodarent, nobis non possunt acquirere. Alioquin si dicamus per eos non acquiri nobis possessionem, *qui nostro nomine accipiunt*, futurum, ut *etc.*“ (S. auch l. 20, §. 1 D. 41, 1.)

Da nun der Schiffer Fritze durch Zeichnung des Connossementes sich als Stellvertreter des Hrn. E. Mertens deutlich und unumwunden zu erkennen gegeben hat: so kann dessen bona oder mala fides hier nicht weiter in Betracht kommen. Selbst wenn das Connossement nicht, wie geschehen, auf Ordre des Hrn. E. Mertens, sondern nur allgemein *auf Ordre* lautete, hätte der Schiffer für den zur Zeit noch unbekannten LadungsEmpfänger die Custodia der Ladung übernommen, und dem wirklichen Empfänger des Connossementes dadurch den Animus sibi possidendi und die Possessio, insofern die Geschäftsverhältnisse im Übrigen diese zuliessen, möglich gemacht und gesichert. — Auch erhellt hieraus von selbst die, gegenwärtig übrigens nicht wesentlich in Frage stehende Straffälligkeit des Schiffers Fritze, welcher des gezeichneten Connossements ungeachtet, der einseitigen Anweisung des W. folgend, nicht in Hamburg, dem rechten Löschungsorte, sondern in Dömitz löschte und dadurch die dem Consignatar verheissene Custodia brach; so wie ebendaraus die ebenfalls hier nicht wesentlich in Frage kommende Straffälligkeit des W. sich

ergibt, der, wenn auch Eigenthümer der Waare, dennoch nach dem seiner Seits dem Schiffer zur Unterschrift vorgelegten und darauf an den Consignatar eingesandten Connossemente nicht mehr einseitig über die Waare disponiren und den Schiffer Fritze zu einem Bruche der gegen den Consignatar übernommenen CustodienPflicht verleiten durfte, und zwar um so weniger, als er wohlwissend dem Hrn. E. Mertens ein Faustpfandrecht an dem fraglichen Waizen eingeräumt hatte, welches er durch seine, sich daher als ein Furtum possessionis darstellende Disposition verletzte.

5. Endlich bleibt aber noch ein wichtiger Zweifel zu erledigen übrig. Es frägt sich nämlich, welchen Einfluss auf das Recht des Hrn. E. Mertens aus dem Connossemente der Umstand hat, dass der Schiffer Fritze am 7. Juli, als an dem Tage, an welchem er über 45 Wispel Waizen ein Connossement zeichnete, und an welchem W. dieses Connossement an Hrn. E. Mertens einsandte, 45 Wispel noch gar nicht geladen hatte, wie aus dem Manifeste desselben unumstösslich hervorgeht. In der Regel wird zwar ein Schiffer vor dem wirklichen Empfange der namhaften Waare das Connossement nicht zeichnen, weil er leicht für etwas in Anspruch genommen werden könnte, was er noch gar nicht erhalten hat. So wie aber auch in andern Beziehungen oft Quitungen schon vor dem wirklichen Empfange ausgestellt werden, worauf ja die Exceptio non numeratae pecuniae beruht, so können die Umstände, z. B. der Abgang der Post u. dgl., leicht einen Schiffer veranlassen, aus Gefälligkeit für den Befrachter oder Empfänger, Connossemente zu zeichnen, bevor er

die namhaft gemachte Quantität der fraglichen Waare vollständig oder überall nur erhalten hat. Auch ist nicht in Abrede zu stellen, dass unredliche Absichten des Verladers, namentlich um durch die Einsendung des Connossementes die hievon abhängig gemachten Vorschüsse desto eher zu erhalten, eine solche verfrühte Zeichnung und Einsendung des Connossementes, wie offensichtlich im vorliegenden Falle, herbeigeführt haben können. Allein in jedem Falle ist der Schiffer, der vor vollständig eingenommener Ladung über den Gesammtbetrag derselben ein Connossement zeichnet, wie wenn er alle Waaren bereits erhalten hätte, hieraus im Betreff des später Geladenen ebenso der Custodia wegen verhaftet, als hinsichtlich des schon vorher Geladenen. Denn wie auch anderweitig Jeder, der die Custodia verspricht, dafür verantwortlich ist, wenn ihm die Sache selber auch erst später übergeben wird, so auch hier. Die Verspätung kann rechtlich nur den Erfolg haben, dass, wenn auch der LadungsEmpfänger den *Animus sibi possidendi* im Betreff der ganzen im Connossement genannten Quantität fasst, er dennoch die Possessio nur an dem erwirbt, was früher oder später wirklich geladen wird und zwar nur im Augenblick der Ladung; weil ohne die Custodia und den NaturalBesitz des Stellvertreters der Erwerb der Possessio nicht möglich, und der Animus dadurch bedingt ist. Hat daher der Schiffer Fritze überall nur 35 Wispel 2 Scheffel geladen, so hat Hr. E. Mertens auch nur an diesen 35 Wispeln 2 Scheffeln und nicht an den im Connossement benannten 45 Wispeln den Pfandbesitz erworben.

Demnach ist das Ergebniss dieser Untersuchung, dass es schon nach gemeinem Römischen Rechte nicht im Mindesten zweifelhaft seyn kann, dass Hr. E. Mertens in Hamburg an den von G. F. W. ins Schiff des Schiffers Fritze geladenen, an ihn, Hrn. E. Mertens, consignirten und in Folge eines spätern Verkaufes an den Gastwirth B. in Grabow, so wie von diesem an den Erbmüller Marcurth zu Findenwirunshier gelangten, in Dömitz ausgeladenen 35 Wispeln 2 Scheffeln Waizen ein *Faustpfandrecht* hat und demgemäss gegen den anerkannten Besitzer des Waizens, den Erbmüller Marcurth, auf Auslieferung desselben klagen kann; wobei es auf die Frage, ob und in wie weit neben dem *petitorischen* Rechtsmittel, der *Pfandklage*, unter den obwaltenden Umständen überall *possessorische* Rechtsmittel begründet sind, hier nicht weiter ankommen kann, da einmal *petitorisch* geklagt worden ist, und hinsichtlich des *Possessorium* auf jeden Fall eigenthümliche, hier nicht weiter auszuführende Schwierigkeiten obwalten würden.

B. Ungeachtet es nun an und für sich genügen würde, die Berechtigung des Hrn. E. Mertens im Betreff des ihm verpfändeten Waizens aus den gemeinrechtlichen Römischen RechtsPrincipien vollständig nachgewiesen zu haben, zumal letztere von den Mecklenburgischen Gerichten in Sachen der vorliegenden Art vor allen zu Rathe gezogen zu werden pflegen; so ist es doch nicht unwichtig, darauf aufmerksam zu machen, dass nach völlig übereinstimmender Ansicht der Handelswelt, der Gerichte, der neueren Gesetzgebungen und der grossen Mehrzahl der Rechtsgelehrten das Connossement

den Besitzübergang und unter gehöriger Voraussetzung auch den Uebergang des Eigenthums der verschifften Waaren zu Gunsten des Ladungs-Empfängers oder Consignatars begründet, und demnach jene obige, aus der Natur der Verhältnisse und der Anerkennung derselben im Römischen Rechte entwickelte Theorie in vollständigem Einklange mit der leitenden Rechtsansicht der Handelswelt und mit der Praxis der Gerichte steht. Dieses ist umdeswillen besonders wichtig, weil das unmittelbare Rechtsgefühl in Verhältnissen der vorliegenden Art sich oft weniger trügt, als die in den Fesseln einer nicht vollständig durchgebildeten Wissenschaft noch gefangen gehaltene Gelehrsamkeit. Daher darf es uns auch bei der frühern Dunkelheit, die über der ganzen Besitzlehre obwaltete, nicht wundern, wenn die Rechtsgelehrten jene anerkannte rechtliche Thatsache der Handelswelt und der Gerichte zwar nicht in Abrede stellten, jedoch nicht frei und umfassend genug zu würdigen wussten und daher mit der blossen Annahme einer nach Germanischen RechtsIdeen überhaupt möglichen *symbolischen Tradition* sich meistens begnügten; was freilich die Thatsache selbst gegen einseitige wissenschaftliche Angriffe, wenn auch nicht vollständig, doch in etwas sicher zu stellen, sie aber nicht vollständig wissenschaftlich aufzuklären vermochte. Jedoch brauchen wir uns hier auf die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Benennung einer *symbolischen Tradition* der verladenen Waaren durch Übersendung des Connossementes weiter nicht einzulassen, und bleiben nur dabei stehen, dass nach allgemeiner Handels-Usance, nach den Erkenntnissen der Gerichte, und nach der Aus-

sage der geachtetsten Schriftsteller mit dem Connossemente Besitz und Pfandrechte, ja selbst Eigenthumsrechte an den verladenen Waaren, übertragen werden, falls in Folge der Geschäftsverhältnisse zwischen Absendern und Empfängern die beiderseitigen Absichten auf die Begründung solcher Rechte gerichtet waren.

Zur Bezeugung dessen, was als *Handels-Usance* in den gegenwärtig in Frage stehenden, und oben entwickelten Verhältnissen allgemein anerkannt wird, führen wir die Worte eines Mannes an, der noch immer wohl vor Allen als Repräsentant der Handelswelt aufgeführt werden darf: *Johann Georg Büsch.* In seinen Zusätzen zur theoretischpractischen Darstellung der Handlung (Hamburg, 1800. B. 3. S. 216, ff.) heisst es:

„In dieser simplen Verpflichtung des Schiffers, gegen sein Connossement abzuliefern, liegt so viel, dass der Empfänger eines Connossements noch vor Ankunft der Waare sich als Eigenthümer derselben ansehen kann. Bei vielen derselben ist die Folge einverstanden, dass der Versender auf den grössten Theil der Waare, gewöhnlich auf zwei Drittheile trassirt. *Hiezu kann sich der Empfänger mit Sicherheit verstehen,* und nimmt gewöhnlich um das ihm bestimmte Eigenthum gegen Seeschaden zu sichern, Assecuranz auf dasselbe. Er darf sich nicht scheuen alle Unkosten auszulegen, deren manche schon vor dem Empfang der Waaren vorfallen. Auch die Fracht bezahlt er, oder ist vielmehr durch das Connossement selbst dazu verpflichtet. — Die Natur der Sache erfordert, dass der Inhaber eines Connossementes unbeschränkte Freiheit habe, durch Transferirung desselben einen andern in das Recht zu setzen,

die in demselben bezeichnete Waare zu empfangen, und sich dadurch in völligen Besitz derselben zu setzen. — — Ein Connossement muss (dem Gerichte) immer heilig bleiben. Es muss nicht dasselbe aus den Händen eines Possessoris bonae fidei winden, und ebensowenig ihn in der Ausübung des Rechts stören wollen, welches ihm das Connossement gibt. Ein Gericht, das dieses thut, nimmt dadurch allen vorherbeschriebenen Transactionen ihre Zuverlässigkeit, woran doch dem Handel sogar sehr gelegen ist, dass, wenn auch Einzelnen durch eine in sich unerlaubte Veräusserung eines Connossementes zu nahe geschieht, der Schade für das Ganze unendlich grösser seyn würde, *wenn die Connossemente etwas von der Kraft verlören, welche ihnen auch ohne viel positive Gesetze die Usanz allenthalben beilegt, wo man mit der Handlung hinlänglich bekannt ist.*" — — (S. 260) „In der ganzen kaufmännischen Welt steht der Grundsatz unerschütterlich fest, dass, sobald ein Kaufmann an einen andern eine Ladung committirt, und deshalb an diesen das von dem Schiffer ausgestellte Connossement indossirt, dieser sodann *proprio nomine* solche Waaren von dem Schiffer abgeliefert zu verlangen befugt sey. — Durch ein solches Indossement macht der Indossant (wenn das Connossement nur auf Ordre lautet und der Name des Empfängers vom Befrachter in dorso geschrieben wird) denjenigen, an welchen er dergleichen Connossement indossirt hat, gleichsam zum Domino der in dem Connossement bezeichneten Waare, und gibt ihm die freiste und unumschränkteste Gewalt, sich durch die nöthigen, ihn daher völlig überlassen bleibenden rechtlichen Maassregeln

die an ihn übertragene Sache zu verschaffen. Daraus folgt dann, dass der Indossant sich jeder fernern Einmischung wegen der indossirten Sache schlechterdings enthalten muss und mithin noch weniger in der Folge, wenn der Indossatar zur Erlangung der indossirten Waare bereits Einleitungen gemacht und Kosten verwendet gehabt, Dinge vornehmen könne, die der eigentlichen Natur eines Indossements zuwider sind. Denn der Indossatarius muss über die indossirte Sache nach der freisten Willkühr, wenn freilich mit der grössten Gewissenhaftigkeit eines ehrlichen Mannes disponiren dürfen, so wie er daraus auch zugleich seine Entschädigung sich nimmt, und nur wegen des nach Abzug der Kosten übrig bleibenden Restes von den dafür gelösten Geldern dem Indossaten verhaftet bleibt." —

Wir haben geglaubt, die Ansichten von *Büsch* ausführlicher mittheilen zu müssen, weil aus ihnen theils erhellt, wie vollständig unsere obige, auf richtigen gemeinrechtlichen Grundsätzen beruhende Theorie mit den Ansichten und Verhältnissen der Handelswelt, wie dieselben sich einfach und naturgemäss gebildet haben, zusammenhange, theils um bemerklich zu machen, wie eine Abweichung von diesen Grundsätzen um irgend einer künstlichen und einseitigen Theorie willen nicht nur alle die Nachtheile herbeiführen würde, welche jeder Eingriff in organisch gebildete Rechtsverhältnisse, welchen die Juristen früherer Zeit, ihren starren und einseitigen Theorien zu Liebe sich leider so oft erlaubt haben, stets mit sich führt; sondern auch, könnte diese Abweichung wirklich im Grossen durchgeführt werden, eine Erschütterung der ganzen In- und

AusserEuropäischen Handelswelt und eine Lähmung des gesammten grössern kaufmännischen Verkehrs nothwendig zur Folge haben müsste; um welche freilich diejenigen unbekümmert sind, welche jede starre und bizarre Theorie, eben weil sie eine solche ist, *als Ergebniss einer strengen und rücksichtslosen Jurisprudenz*, der man huldigen müsse, *schon im Voraus* anzusehen geneigt sind.

Jedoch möchte mit dem Angeführten dasjenige in Widerstreit stehen, was ein anderer grosser Kenner des Seehandels und Seerechtes, *Friedrich Johann Jacobsen*, im „Seerecht des Friedens und des Krieges in Bezug auf die KauffartheySchiffahrt (Altona 1815)“ anführt:

„Vergebens sagt man gegen obige Hypothese, der wir beipflichten, dass das Leben im Handel und das Zutrauen dadurch gestört werden würde, wenn das Connossement, als Symbol der Waare, aufhörte, ein negociables Papier zu seyn; denn unsere Zeiten haben mehrmals bewiesen, dass zu grosses Leben im Handel (wenn z. B. junge Leute, oder andere, ohne Fonds grosse Speculationen machen, und sich bei der geringsten Zögerung nicht anders als durch Veräusserung oder Versetzung der Connossemente helfen können) seiner Rückwirkung halber gar nicht wünschenswerth sey, und dass, da die Veräusserung in der Regel an Leute in dem Wohnorte der Verkäufer der Connossemente geschieht, die Käufer sich über die Bezahlung oder hinreichende Deckung der für die Waaren gezogenen Tratten vergewissern können, und also selbst Schuld sind, wenn sie einen

Titel übernehmen, der nicht hinlänglich gesichert ist. *Emérigon* (Traité des assurances C. 11. S. 3, p. 319) ist mit uns derselben Meinung. Indem er Valin widerlegt, leugnet er, dass die Einsendung des Connossements eine symbolische Tradition sey, und setzt hinzu: „Ich glaube nicht, „dass eine Cession des Connossements we- „der dem Privilegio des ursprünglich nicht „bezahlten Verkäufers schade, noch dem „Bodmereianleiher, noch den Rechten der „Masse. Wenn die gegenseitige Meinung „die Oberhand erhalten sollte, so würde sie „den Bankerottirern ein leichtes Mittel ge- „währen, ihre SeeEngagements zu elu- „diren.“

Allein man darf nicht üsersehen, dass *Jacobsen* von einem ganz andern Falle redet, als welcher für uns in Frage steht. Die frühern Worte nämlich, worauf er sich bezieht, sind folgende:

„Die verschifften Waaren sind entweder für eigne Rechnung, des Abladers, oder für Rechnung eines Dritten, oder für Rechnung desjenigen, an welchen sie abgesandt werden. Daraus entstehen die verschiedensten Fälle, und wir sind der Meinung, dass allemal wenn kein Credit gegeben — dem nicht bezahlten Eigenthümer, der ein zweites Connossement indossirt hat, der Vorzug vor dem Inhaber des ersten Connossementes einzuräumen sey, selbst wenn es in der dritten und vierten Hand ist; weil zwei Dinge zur Perfection des Kaufes fehlen, nämlich die *Zahlung* und die *Tradition.*“ etc.

Ersteres räumen wir ein, letzteres müssen wir

bestreiten; wenn wir gleich ebenfalls die Annahme einer *symbolischen* Tradition nicht für nöthig halten. Ist von Eigenthumserwerb und nicht, wie in unserm Falle, von Erwerb eines blossen Pfandrechts die Rede, so ist nicht einzusehen', warum nicht auch hier die von den Römischen Juristen aus der Natur der Sache genommenen gemeinrechtlichen Grundsätze von der nachfolgenden Zahlung oder der CreditErtheilung eintreten sollten, da in Wahrheit der Animus dominii transferendi selbst davon abhängig gemacht wird. Nur wer Eigenthum an der Waare erworben hat, kann es auch auf Andere übertragen und es liegt daher in der Natur der Sache, dass, wo der Verlader kein Eigenthum, noch ein anderes Recht an den Consignatar übertragen hat, er durch ein, an einen andern Indossaten gesandtes Connossement anderweitig über die Waare disponiren, und den Schiffer berechtigen kann, die Waare gegen das zweite Connossement abzuliefern; vorausgesetzt, dass der Empfänger des ersten Connossements nicht wegen Auslagen und anderweitiger Forderungen Retentions- oder CompensationsRechte mit dem durch den Empfang des Connossementes begründeten NaturalBesitz erworben hat. Auch hier sichert demnach die richtige Theorie gegen den Missbrauch des blossen Nothbehelfes einer symbolischen Tradition. Wenn *Jacobsen* jedoch die Möglichkeit *der Tradition überhaupt* durch das Connossement in Abrede stellt, so hat er diesen, von ihm nicht weiter ausgeführten Satz offenbar nicht genug erwogen und namentlich nicht im Zusammenhalte mit den Bestimmungen des gemeinen Rechts. Auch widerstreiten dem seine eigenen Anführungen.

Die zahlreichen von *Jacobsen* (a. a. O. S. 236 ff.) angeführten Rechtssprüche Deutscher und auswärtiger Gerichte sind nämlich nur insofern untereinander widersprechend, als einige in dem gedachten Falle dem Absender und Innehaber des nachgesandten zweiten Connossementes, andere stets dem Innehaber des ersten, nach den Grundsätzen der symbolischen Tradition, den Vorzug geben. Allein keines der gerichtlichen Erkenntnisse stellt den für uns nur in Betracht kommenden Satz in Abrede, dass durch Connossemente *unter den geeigneten Voraussetzungen* Eigenthum und Pfandrechte erworben werden können; so dass vielmehr die dort angeführten RechtsEntscheidungen zum Beweise einer constanten, im In- und Auslande anerkannten Praxis dienen können. Dieses gilt auch von dem, unterm 13. Mai 1816 gefällten Erkenntnisse *des Handelsgerichtes in Hamburg*, und der Bestätigung desselben durch das *Hamburger Obergericht*, in Sachen *H. J. et J. Holmes zu Liverpool*, *wider J. H. et G. F. Baur in Altona*, welches mit den Entscheidungsgründen vom Dr. *W. Kosegarten* im Archiv für das Handelsrecht (B. 1, H. 1, N. XII.) mitgetheilt worden ist. Die dort vorgetragenen Grundsätze stimmen mit den oben entwickelten im Ganzen vollkommen überein, namentlich auch der Haupt-Entscheidungsgrund: „dass wenn gleich der Besitzer des ersten Connossements sich durch dessen Übertragung an ihn, insofern als er gegründete Ansprüche an seinen Cedenten hat, ein unbezweifeltes Vorzugsrecht vor dem Inhaber des zweiten Connossements erwirbt, dennoch eine spätere Disposition der frühern vorgeht, *wenn der Inhaber des ersten Connossements als*

blosser Detentor erscheint und keine gegründeten Ansprüche an die ihm mittelst Connossements symbolisch übertragenen Waaren geltend zu machen im Stande ist.“

Auch die Gesetzgebungen, insoweit sie diese Verhältnisse berühren, stimmen Obigem regelmässig bei. Namentlich verfügt das allgemeine *Preussische Landrecht* (Th. 1, Tit 20, §. 367) ausdrücklich, dass Waaren durch Aushändigung des Connossementes gültig verpfändet werden können. Die *Hamburger neue FallitenOrdnung,* Art. 25, erkennt das durch das Connossement erworbene Recht in dem Maasse an, dass wenn der Innehaber des ersten Connossements vor seinem Fallissement es an einen Dritten veräussert oder verpfändet hat, der neue Innehaber desselben dem Absender oder Verlader vorzuziehen sey, selbst wenn die Waaren überall nicht, oder nicht völlig bezahlt sind. (S. a. Code de Commerce, Art. 577 u. 578.)

Mit der HandelsUsance, dem Gerichtsgebrauche, und der Gesetzgebung stimmen nun auch die meisten und angesehnsten Schriftsteller überein, welche freilich meistens der Ansicht von der symbolischen Tradition huldigen, damit aber um so entschiedener ihre Ansicht von der Übertragbarkeit der Eigenthums- und Pfandrechte durch das Connossement aussprechen.

Den Eigenthumserwerb an Waaren durch Empfang des Connossements behaupten, wenn auch nicht nach Römischem Rechte, so doch nach neuerm Gewohnheitsrechte — namentlich, um der älteren Schriften von *Gerdes*, *Blank*, *Stüter*, *Widow*, *Stertz*, u. a. zu geschweigen: *v. Martens* (Grundriss des Handelsrechtes, 2. Aufl. Göttingen 1806, §. 15.), *Chr. Nic. Car-*

sten (Beiträge zur Erläuterung des Lübschen Rechts. Lübeck 1814, N. 9, S. 133.), *Bender* (Grundsätze des engern Handlungsrechtes, §. 83.), *Mittermaier* (Grundsätze des Teutschen Privatrechts, §. 511.), *Eichhorn* (Einleitung in das Deutsche Privatrecht §. 392.), *Ortloff* (Grundzüge eines Systems des Teutschen Privatrechts, S. 464, N. 29.), *Meno Pöhls* (Darstellung des gem. Deutschen u. des Hamburg. Handelsrechtes. B. 1. §. 86. S. 181 ff.), *Hamann* (de literis recognit. Berol. 1827.).

Würde demnach nicht schon nach gemeinem Römischen Rechte die rechtmässige Erwerbung eines Eigenthums- oder Pfandrechts an den verladenen Waaren durch Entgegennahme des Connossementes sich erweislich darthun lassen; so würde immer doch eine durch Gerichte, Gesetzgebung und Rechtsgelehrte als allgemein verbindende Rechtsgewohnheit anerkannte Handels-Usance vorliegen, an welcher sich auch alle Requisite einer Consuetudo leicht nachweisen lassen.

Es ist nämlich dieser Handelsgebrauch entschieden aus dem *Rechtsbewusstseyn* der Handelswelt, oder derjenigen Personen, unter denen und für die diese Norm sich gebildet hat, hervorgegangen. Dass hier ein Missbrauch obwalte, wenn man dem Connossemente und seinem Besitze eine solche Bedeutung beilege, ist Niemanden eingefallen, sondern Jeder, wie selbst aus der vorliegenden Correspondenz und den eignen Zugeständnissen des G. F. W. als Verladers hervorgeht, und durch viele Tausende ähnlicher Correspondenzen, wäre es nöthig, weiter bezeugt werden könnte, glaubte sich eines guten und wohlerworbenen Rechtes zu bedienen; was ja eben das unterscheidende Kennzeichen der

Rechtsgewohnheit von jeder blossen Usance, oder gar von eingeschlichenem Missbrauche und Schlendrian ist. In Gleichem hat sich dieses Gewohnheitsrecht in der Überzeugung ausgebildet, dass es ein gemeines Gewohnheitsrecht für die ganze Handelswelt, und nicht bloss für dieses oder jenes Land sey; so dass jeder Schiffer, Absender und Empfänger, der Connossemente zeichnet, absendet oder entgegennimmt, damit auch freiwillig sich demjenigen Rechte unterwirft, das in der Handelswelt in Betreff der Connossemente allgemein gilt und anerkannt wird. Endlich ist das fragliche Gewohnheitsrecht nicht als eine erst seit gestern entstandene und ebendeshalb noch nicht zur anerkannten Gewohnheit gewordene Norm zu betrachten, sondern es hat sich dasselbe bereits seit längerer Zeit allmählig mit dem grössern Handelsverkehr selbst gebildet, so dass es sich seinem Ursprunge nach in die ältern Zeiten verliert und als ein ächtes Gewohnheitsrecht seit Alters allgemein geltend und anerkannt dasteht, ohne dass irgend jemand den ersten Anfang desselben nachzuweisen im Stande wäre. Erwägt man nun, wie dieses Gewohnheitsrecht sich in völliger Übereinstimmung mit den wahren gemeinrechtlichen Grundsätzen des Römischen Rechts gebildet hat, so dienen diese demselben wesentlich zur Sicherstellung, wie es selber jenen eine grössere Gewähr ertheilt, so dass gemeines Recht und Handels Usance beide hier zu Einem Ganzen verbunden erscheinen und beide die mögliche Begründung dinglicher Rechte durch Connossemente bezeugen.

Aus dieser ausführlichen Darstellung ergibt es sich nun von selbst, dass sowohl nach gemei-

nem Römischen Rechte als nach gemeinem Handelsrechte der Hr. E. Mertens in Hamburg, wenn auch nicht Eigenthum, so doch ein *Faustpfandrecht* an dem von G. F. W. in das Schiff des Schiffers Fritze aus Grippel geladenen, an ihn, Hrn. E. Mertens, consignirten, später widerrechtlich in Dömitz gelöschten und im Besisze des Erbmüllers Marcurth zu Findenwirunshier befindlichen Waizen erworben hat.

Wenden wir uns nunmehr zur zweiten Frage:

II. Wie und durch welche Mittel solches Recht zu beweisen sey?

so ergibt sich die Beantwortung derselben aus der Species facti und der seitherigen RechtsDeduction im Ganzen von selbst. Um nämlich das vom Hrn. Quärenten erworbene Pfandrecht an dem vom Schiffer Fritze aus seinem Fahrzeuge zu Dömitz ausgeladenen und in den Besitz des Erbmüllers Marcurth zu Findenwirunshier gekommenen Waizen nachzuweisen, müssen folgende Punkte dargethan werden:

1. *Die Forderung des Hrn. E. Mertens gegen den G. F. W., für welche die fragliche Ladung verpfändet worden ist.* Diese Forderung ist einfach dadurch zu erweisen, dass mit Bezugnahme auf das Schreiben des G. F. W. vom 7. Juli d. J. der auf Hrn. E. Mertens ausgestellte Wechsel von Bc. Mk. 2500, Ordre Mansfeld, zahlbar 2 Monate a dato, mit dem Accept des Hrn. E. Mertens vorgelegt wird, indem schon aus dem Besitz desselben von Seiten des Trassaten der Beweis der geschehenen Honori-

rung und Einlösung der Tratte hervorgeht. Die Beibringung einer Quitung des Remittenten von Seiten des Trassaten über die geschehene Zahlung, mag diese durch Ab- und Zuschreiben in der Bank, oder per Contant, oder in Wechsel, oder durch Abrechnung, oder durch Anweisung geschehen seyn, ist daher zum Beweise derselben nicht wesentlich erforderlich, wenn sie gleich unter Umständen räthlich seyn kann; zumal der Trassat die Ausstellung einer solchen Quitung von dem Remittenten oder seiner Ordre zu fordern berechtigt war. Hamburger Wechselordnung, §. 44.; *Eichhorn* Einleitung ins Deutsche PrivatRecht, 2. Ausg. §. 142.

2. *Die Absicht des G. F. W., dem Hrn. E. Mertens, zur Sicherheit des aus dem Wechselverhältnisse zwischen ihnen entstehenden Schuldverhältnisses, die in das Schiff des Schiffers Fritze zu verladenden* 45 *Wispel Waizen zu verpfänden*, welche Absicht aus der Correspondenz des W. und insbesondere aus dem Schreiben desselben vom 7. Juli d. J. deutlich hervorgeht, namentlich aus den Worten: „und erfolgt anliegend das Connossement über dessen Ladung etc. Die *darauf entnommenen* Bc. Mk. 2500, Ordre Mansfeld, 2 Monate, wollen Sie vorkommend gefälligst schützen.“

3. *Die geschehene Übergabe der frgl.* 35 *Wispel* 2 *Schfl. Waizen in den Pfandbesitz des Hrn. E. Mertens.* Diese erhellt, mit Berücksichtigung des bereits Vorgetragenen:

a. Aus der erweislichen Zeichnung des Connossementes von Seiten des Schiffers Fritze vom

7. Juli d. J., der Einsendung desselben an Hrn. E. Mertens von Seiten des G. F. W. und der vor dem 4. Sept. d. J., als dem Tage des weitern Verkaufes des Waizens geschehenen Entgegennahme des Connossementes von Seiten des Hrn E. Mertens. Der Umstand, dass das Connossement auf 45 Wispel lautetete, und nur 35 Wispel 2 Scheffel wirklich geladen worden sind, steht nicht entgegen, da, wer den *Animus sibi possidendi* hat in Beziehung auf 45 Wispel, ihn natürlich auch hinsichtlich der darin enthaltenen mindern Zahl von 35 Wispeln hat; auch der Verlader, der 45 Wispel in den Pfandbesitz übergeben, und der Schiffer, der sie entgegennehmen will, dieselbe Absicht in Betreff der 35 Wispel haben.

b. Aus der wirklich geschehenen Verladung von 35 Wispeln, 2 Scheffeln in das Schiff des Schiffers Fritze von G. F. W. auf Ordre des Hrn. E. Mertens. Diese ergibt sich einfach aus der beglaubigten Copie des *Manifestes* des Schiffers Fritze; denn hieraus geht hervor, dass derselbe am 19. Juli d. J. am Kgl. Preuss. Elb-Zollamt zu Witteberge 9 Wispel Waizen declarirt, und als Absender Hrn. W. zu Schnackenburg genannt, am 31. August d. J. am Kgl. Hannov. Elbzollamte zu Schnackenburg noch fernere 26 Wispel 2 Scheffel, zusammen 35 Wispel 2 Scheffel declarirt und hier nicht bloss ebenfalls W. als Absender, sondern auch Hrn. E. Mertens in Hamburg als Empfänger genannt hatte. Aus dem, auf die beglaubigte Copie des Manifestes gesetzten Promemoria des Kgl. Hannov. Elbzollamtes zu Schnackenburg vom 10. Oct. d. J. ergibt sich zugleich, dass am obengedachten

31. August die bei dem Kgl. Preuss. Zollamt Witteberge im Manifest gemachte Angabe *als eigen Gut*, in *für E. Mertens* verändert worden sey und z ar aus dem Grunde, *weil der daselbst beigebrachte Frachtbrief auf die Ladung und Zuladung* (*zusammen* 35 *Wispel* 2 *Scheffel Waizen*) *für E. Mertens ausgestellt gewesen sey.* Somit stimmen Manifest und Frachtbrief noch am 31. August darin überein, dass Schiffer Fritze 35 Wispel 2 Scheffel Waizen von W. für Hrn. E. Mertens in Hamburg geladen habe, und es kann demnach diese entscheidende Thatsache um so weniger in Zweifel gezogen werden, als die Angaben des Schiffers vom Elbzollamte revidirt und beglaubigt worden sind.

4. *Die Identität des von W. verladenen und des zu Dömitz gelöschten Waizens.* Diese kann nicht mit irgend einem Schein Rechtens bezweifelt werden, wenn man sieht, wie am 4. *Sept,* derselbe W. 35 Wispel 2 Scheffel Waizen aus dem bei Dömitz geankerten Schiffe des Fritze verkauft und tradirt, welcher einige Tage zuvor (am 31. *August*) von dem nämlichen Schiffer Fritze als Verlader derselben Anzahl, nämlich der 35 Wispel 2 Scheffel, bei dem Kgl. Hannov. Zollamt zu Schnackenburg angegeben war. Dieses wird vollends über allen Zweifel erhoben, wenn man erwägt, dass Hamburg der rechte Löschungsort der letztgedachten Ladung war, und es unmöglich hielt, dass der nämliche Schiffer Fritze mit seinen ersten 35 Wispeln 2 Scheffeln seit dem 31. Aug. von Schnackenburg nach Hamburg gesegelt seyn, und dort seine Ladung an den Empfänger Hrn. E. Mertens gelöscht haben sollte, um nun 4 Tage später, am 4. Sept.

abermals wiederum mit anderweitigen 35 Wispeln 2 Scheffeln Waizen für Rechnung desselben G. F. W. vor *Dömitz* vor Anker zu liegen. Solange die rechte Entlöschung der ersten Ladung in Hamburg nicht nachgewiesen ist, (und das ist unmöglich, abgesehen von allen andern schlagenden Gründen, auch schon deshalb, weil amtliche Zeugnisse vorliegen, dass der Schiffer Fritze seit dem 7. Juli d. J. nicht in Hamburg Korn gelöscht hat), so lange überhaupt der hier ruhig zu erwartende *Gegenbeweis* nicht erbracht ist, muss auch die in Dömitz gelöschte Waizenladung für die dem Hrn. E. Mertens verpfändete angesehen werden, und erscheint demnach, da Beklagter nicht in Abrede stellt, diesen in Dömitz gekauften und gelöschten Waizen in Besitz genommen zu haben, die Identität und somit alles, was die Begründung des Pfandrechtes des Hrn. E. Mertens erfordert, als aufs Vollkommenste erweislich, ohne dass es noch besonderer Zeugenaussagen und Vereidigungen bedürfte. —

Endlich die dritte Frage betreffend:

III. Ob es dem Interesse des Hrn. Klägers angemessen sey, wegen des dritten Gravaminis (dass Klägern nicht zu beweisen freigelassen, dass die Veräusserung des Waizens zu seinem Nachtheil betrüglich unternommen), die Appellation zu prosequiren?

so kann die Antwort augenscheinlich nur verneinend ausfallen. Denn wo der Beweis des Pfandrechtes so leicht erbracht ist, wie in vorliegen-

dem Falle, würde es gegen alle ProcessualPolitik streiten, sich in einen so schwierigen Beweis einzulassen, wie der fragliche auf jeden Fall genannt werden muss, selbst abgesehen davon, dass die eigentliche Schwierigkeit des vorliegenden Rechtsfalles, nämlich das Recht des Hrn. Klägers an dem fraglichen Waizen darzuthun, dadurch nicht umgangen würde, da natürlich — falls nicht die, nicht hinlänglich motivirte Actio Pauliana angestellt seyn soll — nur ein dinglich Berechtigter sich über betrügerische Veräusserung des Waizens beschweren kann. —

Schliesslich bezeugt Unterzeichneter mit NamensUnterschrift und Handsiegel, dass vorstehendes, von ihm auf Verlangen abgegebenes Rechtsgutachten in allen Punkten den bestehenden Rechten, soweit er diese nach einer sorgfältigen und gewissenhaften Erwägung richtig zu würdigen vermocht hat, vollkommen entspreche.

Rostock, den 22. Novbr. 1834.

Chr. Fr. Elvers.

V.

Beitrag zur Lehre von der Rechtmässigkeit des sechsten Zinsthalers.

Aus den Entscheidungsgründen zum Urtheile der *Göttinger* Juristenfacultät in Sachen des Administrators der Bremischen Wittwencasse wider H. L. zu Welle im Amte Stotel.*)

In einem DarlehnsGeschäft zwischen dem Administrator der Wittwencasse des Herzogthums Bremen zu Stade und dem Einwohner H. L. zu Welle, Amts Stotel, war ein StrafProcent für den Fall der verzögerten Zahlung der fünfprocentigen Zinsen verabredet worden. In einem zwischen beiden Theilen über dieses Darlehns-Geschäft erhobenen Rechtsstreite erkannte der Unterrichter unterm 25. Februar 1825 u. a:

> dass der Implorant mit den weiter geforderten StrafProcenten ab und zur Ruhe zu verweisen sey, da sowohl nach gemeinem, als insbesondere auch nach den Bremischen PartikularRechten dem Richter auf den sechsten Zinsthaler zu erkennen verboten, der Umstand aber, dass selbiger unter dem Namen eines StrafProcentes hier gefordert werde, keinen Unterschied mache.

*) Diese vom Herausgeber ausgearbeiteten Entscheidungsgründe sind bereits früher, jedoch ohne dessen Zuthun und Vorwissen, wegen ihres zugleich particularrechtlichen Interesses in der *juristischen Zeitung für das Königreich Hannover*, herausgegeben von Dr. *E. Schlüter* und Dr. *L. Wallis*, 3. Jahrgang, 1. Heft abgedruckt worden.

Das Kgl. Hofgericht zu *Stade* emendirte dieses Erkenntniss mittelst einer Ordination vom 26. August 1825, dahin:

Nachdemmalen nicht zu ersehen ist, warum das verwirkte StrafProcent für die in der Klage urgirte Zeit des Rückstandes gegentheiliger Zinsenschuld abzuerkennen, indem was die Landesverordnung vom 17—28. August 1742 bezüglich die *in Concursen* nur zulässigen Zinsen vorschreibt, um so gewisser in allen übrigen Fällen den sechsteu Zinsthaler von dem Verbote unrechtmässiger Zinsen ausschliesst, wie solches einer altjährigen, der Polizey Ordnung S. 935 selbst sogar eingerückten Erzbischöflichen Verordnung von wucherlichen Contracten völlig angemessen ist; — so habt Ihr — mit insoweitiger Beiseitesetzung der Sententia a qua vom 24. Febr. d. J. den Apellaten anzuhalten, nächst den übrigen eingeklagten Gegenständen auch die fraglichen 70 Rthlr. Strafzinsen — an den Apellanten zu zahlen.

In der SuplicationsInstanz wurde dieses emendatorische Rescript durch ein, von der Göttinger Juristenfacultät eingeholtes, und am 12. December 1827 publicirtes Erkenntniss aus nachfolgenden Gründen lediglich bestätigt:

Supplicant sucht zwar die Rechtmässigkeit des stipulirten sechsten Zinsthalers zu bestreiten, weil

1. die Erzbischöfliche Verordnung von 1580, worin festgesetzt ist:

„dass gemelts Unsers Erzstiffts und Unterthanen, wenn sie zu ihrer Nahrung und

Nothdurft Geld in diesem Unsern Erzstifft auf Borg nehmen oder entlehnen wollen, *Sechs* und nicht mehr von jedem Einhundert jährlichs ohne Strafe und Gefahr geben und nehmen mögen,"

ein Prohibitiv Gesetz sey und eine *auf eine Zeitlang* gemachte Milderung der reichspolizeylichen Bestimmungen über die wucherlichen Contracte enthalte, diese Gesetze selbst aber keinesweges abgethan, sondern vielmehr bestätigt worden, woraus also hervorgehe, dass sie auch gegenwärtig noch zur Anwendung kommen müssten, so lange man nicht nachzuweisen im Stande sey, dass gegenwärtig dieselben Milderungsgründe, wie 1580, einträten; imgleichen

2. die landesherrliche Constitution vom 17 — 28. August 1742 die Reichsgesetzgebung nicht auf immer aufgehoben habe, weshalb deren Verbot des sechsten Zinsthalers auch noch jetzt zur Anwendung kommen müsse; endlich

3. ein gegen ein verbietendes Gesetz begründetes Gewohnheitsrecht wenigstens der unvordenklichen Verjährung bedürfe, eine solche aber nicht erwiesen sey.

Dessen ungeachtet rechtfertigt sich die Forderung des sechsten Zinsthalers vollständig aus folgenden Gründen:

1. Das reichsgesetzliche Verbot des sechsten Zinsthalers ist in Deutschland niemals, weder in ältern, noch in neuern Zeiten, allgemein durchgedrungen, und selbst die Reichsgerichte haben auf den sechsten Zinsthaler erkannt, sobald dieser landüblich gewesen, (*v. Meiern* Gedanken

von der Rechtmässigkeit des sechsten Zinsthalers, S. 13. u. ff., *Mevii* Decissiones, P. IV, D. 205; *Mittermaier*, Grunds. d. gem. Deutschen Privat-Rechts, B. 2, §. 190.) — Als im Erzstift Bremen nicht nur die *ReichsPolizeyOrdnung von* 1577 mit ihren Bestimmungen über wucherliche Contracte publicirt, sondern auch durch die *Landes Polizey Ordnung von* 1579 noch besonders eingeschärft, in dieser Landesordnung auch, gleich wie in dem Reichsgesetz, angeordnet wurde: dass mit 100 Gulden Hauptsumme nicht mehr denn 5 jährliche Gülten gekauft werden sollten; so bemerkte hiergegen die Landschaft auf dem Landtage von 1580, nach Ausweisung der Verordnung vom 9. December desselben Jahres, dass sie freilich jener Verfügung der Reichs- und Landes Policey Ordnungen nachzuleben sich schuldig erkenne, es aber unleugbar und notorisch sey, dass in den benachbarten Fürstenthümern, Ländern und Städten, mit denen die Unterthanen des Erzstiffts ihre Kaufmannschaft, Handtierung und Commercien nothwendig treiben müssten, die Reichs Polizey Ordnung in jenem Punkte noch zur Zeit wenig gehalten, und von jedem 100 fl. jährlich 6 und noch mehr Gülten zu Kaufgelde oder Zinsen heut zu Tage noch genommen und gegeben würden. Würde nun aber nicht auch im Bremischen jene Bestimmung der Policey-Ordnung entweder gänzlich abgethan, oder zum Wenigsten so lange eingestellt, bis die benachbarten Fürstenthümer, Länder und Städte sich derselben auch unterwürfig machten, so wäre zu befürchten, dass wenig Geld von den bedürftigen und bedrängten armen Leuten im Erzstifte mehr würde können aufgebracht oder entlehnt werden, darüber dann die Marschländer, deren Bewohner

täglich und ohne Unterlass mit grossen Unkosten und vielen oft kaum in Eile aufzubringenden Geldern ihre Deiche gegen die Fluthen erhalten müssten, ganz zu nichte werden, und also der beste Theil des Erzstiftes in ewigen Verderb und Untergang gerathen würde. Diese Vorstellungen vermochten den Landesherrn durch die oben angezogene *Verordnung vom* 9. *December* 1580, freilich nicht an den Reichs Constitutionen selbst eine Veränderung bewirken zu wollen, jedoch *für so lange, als ihren Bestimmungen nicht auch in den benachbarten Fürstenthümern, Ländern und Städten nachgelebt würde*, mit Bewilligung der Landschaft zu verfügen, dass die Unterthanen 6 pr. Ct. ohne Strafe geben und nehmen, auch die bis dahin verbotene, Rente und Zins unterscheidende *Loskündigung* beiden Theilen in den Gültverschreibungen freistehen solle. War also auch auf solche Weise diese Verfügung nur eine *auf eine Zeitlang gemachte Milderung* der reichsgesetzlichen Bestimmung, so sollte dieselbe doch der Absicht des Gesetzgebers nach so lange in Kraft bleiben, als jenem reichsgesetzlichen Verbote des sechsten Zinsthalers nicht allenthalben und namentlich in den benachbarten Ländern und Städten nachgelebt würde.*) Da es nun aber in der Notorität beruht,

*) Um diese, des gegenseitigen Verkehrs wegen hier doppelt wichtige *gleichmässige* Beobachtung der reichsgesetzlichen Bestimmnng in den verschiedenen benachbarten Ländern und Städten des nördlichen Deutschlands zu erwirken, fand im J. 1654 nach dem jüngsten Reichsabschiede, welcher die ältere Reichsgesetzgebung wiederholte,

dass in mehreren, dem ehemaligen Erzstift Bremen benachbarten Ländern und Städten noch fortdauernd der sechste Zinsthaler gilt und das Gegentheil vom Supplicanten nicht einmal behauptet worden, so ist es keinem Zweifel unterworfen, dass, so lange nicht eine neuere entgegenstehende Verordnung oder Observanz nachgewiesen worden ist, die Verordnung vom 6. De-

auf dem Kreistage des NiederSächsischen Kreises zu Braunschweig unter den Nieder Sächsischen Ständen eine Vereinbarung statt, derzufolge in den Kreis Abschied folgende Worte inserirt wurden: „Als auch die ReichsConstitution „die Zinsabstattung auf 5 pr. Ct. redigiret, als „wird auch in allen und jeden der Stände und „Gerichten sowohl der künftig noch ausleihen-„den oder sonst in creditum kommenden Capita-„lien als der vorigen halber, immassen es bei „dem Reichstage keine andere Meinung gehabt, „darüber nicht unbillig festgehalten.“ — Ungeachtet *Mevius* in seinem Commentar über die obgedahte Erzbischöfliche Constitution v. J. 1580 (S. 106.) bemerkt, dass in Folge dieses KreistagsBeschlusses das Verbot des sechsten Zinsthalers auch im Herzogthum Bremen in Gebrauch gekommen sey, so bezeugt doch *Pufendorf* (Observ. T. III, obs. 59), dass die gedachte Erzbischöfliche Verordn. fortwährend in Ansehen geblieben sey. Solches wird von beiden Herzogthümern Bremen und Verden nach *Scharnhorst* auch in der *juristischen Zeitung für das Kgr. Hannover, a. a. O.* S. 42, Anm. 1. mit Bezugnahme auf ergangene Rechtssprüche bezeugt. Dass auch in andern Ländern des ehemaligen Nieder Sächsischen Kreises dieses erneute Verbot des sechsten Zinsthalers nicht zur vollständigen Durchführung gelangt ist, ist bekannt.

cember 1580, noch fortwährend zur Anwendung kommt.

2. Freilich ist in spätern Reichsgesetzen, namentlich im Deputations Schlusse von 1600 und im jüngsten Reichsabschiede von 1654 wiederholt nur der *fünfte* Zinsthaler anerkannt worden. Allein abgesehen von der bloss temporairen Bedeutung der desfalsigen Anordnungen des jüngsten Reichsabschiedes, kommen diese Verordnungen für das ehemalige Erzstift Bremen nicht weiter in Betracht, da sie bloss ein älteres, im Allgemeinen nicht in Abrede gestelltes Princip von Neuem bestätigen und einschärfen, die Gründe aber, die den Landesherrn zu jener Suspension vermocht, dadurch nicht im Geringsten verändert worden sind. — Was dagegen die spätern Landesordnungen betrifft, so verfügt freilich die Verordnung vom 17—28. August, 1742, dass:

> beim Concurse fortan nur 5 pr. Ct., ungeachtet hiebevor schon mehrere unterpfändlich verschrieben worden, gut gethan werden sollen.

Dass aber diese Verordnung nur *auf den Fall des Concurses* geht, erhellt deutlich aus dem angeführten Grunde der Verordnung, nämlich zu verhüten, dass bei Concursen nicht jüngere, oder andere Gläubiger durch die Grösse der Zinsforderung der älteren und besseren Gläubiger zu sehr beschränkt würden, oder wohl ganz leer ausgingen. Diese Verordnung dient daher nur zur fernern Bestätigung des regelmässig gestatteten sechsten Zinsthalers, indem hier theils der Grundsatz zur Anwendung kommt: Exceptio probat regulam; theils auch der sonstige Inhalt uud

die ganze Fassung dieser Verordnung die Verabredung des sechsten Zinsthalers als ein erlaubtes, täglich vorkommendes Geschäft bezeichnet.

3. Von einer gegen eine Lex prohibitiva eingeführten Observanz und dem Beweise ihrer Unvordenklichkeit kann daher, abgesehen von allen anderweitigen Gründen, schon deshalb nicht die Rede seyn, weil die Gültigkeit des sechsten Zinsthalers im Herzogthume Bremen auf Gesetzen und nicht auf blossen Observanzen beruht. Dass aber jene älteren Verordnungen durch eine neue entgegenstehende, den sechsten Zinsthaler verbietende Observanz aufgehoben seyen, ist vom Supplicanten nicht einmal behauptet worden; so wie es auch, selbst nach seinem eignen Zugeständniss, in der Notorität beruht, dass täglich der sechste Zinsthaler von den dortigen Gerichten noch zuerkannt wird.

VI.
Kann ein Israelite zum Doctor juris *utriusque* promovirt werden?

Eine vor der Juristenfacultät zu *Rostock* unter dem Decanate des Herausgebers verhandelte Rechtsfrage.

1.

Obige Frage wurde schon im J. 1819 in der Rostocker Juristenfacultät angeregt, wie zum ersten Male ein Israelite, der jetzige Hr. Doctor *Aarons* in Güstrow, sich bei ihr zur Doctor Promotion meldete. Jedoch gelangte dieselbe damals nicht zur weitern Verhandlung. Denn obgleich die Facultät kein Bedenken trug, nach dem Vorgange anderer Deutschen JuristenFacultäten, den Israelitischen Candidaten zur Doctorpromotion zuzulassen und demgemäss bei dem Allerdurchlauchtigsten Kanzler, dem Groszherzoge, um die herkömmlichen Literae Procancellariatus nachzusuchen, so wurde ihr doch, unterm 24. Juli, 1819, eröffnet, dass S. Kgl. Hoheit den bewandten Umständen nach sich nicht entschliessen möchten, zur gedachten Promotion die ProcancellariatsRechte zu verleihen. Auf die Anfrage der Facultät: „ob nur für diesen vorliegenden Fall „die Promotion eines Candidaten der Rechte „Jüdischer Religion nicht stattfinden, oder ob „überhaupt Juden hier nicht promoviren soll„ten,“ ward ihr unterm 23. August 1819 rescribirt, dass, wenn ähnliche Fälle wieder vorkämen, sie auf desfallsige Anzeige mit weiterer Allerhöchsten Resolution versehen werden würde. — Zu bemerken ist nur noch, dass vorbemeldeter

Candidat der Rechte, nachdem er auswärts, und zwar *in Doctorem juris utriusque*, promovirt worden war, auch zur Advocatur in hiesigen Landen zugelassen worden ist und zwar als erste Ausnahme von der Regel, nach welcher Israeliten, wie von den bürgerlichen Gerechtsamen überhaupt, auch von der Advocatur in hiesigen Landen ausgeschlossen sind.

2.

Im März 1832 meldete sich der Israelitische Candidat der Rechte Lewis Marcus, der im J. 1828 als Selectaner das Schweriner Gymnasium verlassen und seitdem in Berlin, Jena und Rostock mit Eifer den Rechtsstudien obgelegen hatte, bei der Rostocker Juristenfacultät zur Doctorpromotion. Derselbe bezog sich zugleich darauf, dass die Stände in Grundlage eines beigefügten Allerhöchsten Rescripts sich über sein Gesuch um Zulassung zur juristischen Praxis beifällig erklärt hätten. Das gedachte, dem Candidaten Marcus von Grossherzogl. Regierung in Abschrift mitgetheilte, an die LandtagsCommissarien, Minister von Plessen und HofMarschall von Roeder in Sternberg erlassene Allerhöchste Rescript vom 29. Februar, 1832, lautete wörtlich, wie folgt:

P. P. Es hat sich an Uns, wie ihr aus den in Urschrift angeschlossenen Actenstücken entnehmen werdet, der Sohn des Jüdischen Handelsmannes Marcus in Rehna gewendet, um nach vollendeten juristischen Studien die Zulassung zum AdvocatenExamen, demnächst die Erlaubniss als Advocat zn practiciren, zu erreichen. Stände die

Gewährung des Gesuchs zwar nach bisherigem Recht zu Unserm Landesherrlichen Ermessen, so sind wir doch dessen eingedenk, dass von Seiten der Stände in der Ausübung dieses Rechts gewisse beschränkende Zusicherungen bei den neusten Verhandlungen über die bürgerlichen Gerechtsame der Juden gewünscht wurden. — Wir haben dem Princip derselben Uns nicht beifällig erklären können, doch kann es Uns jederzeit nur angenehm seyn, jede mögliche Differenz zu beseitigen. — Wir geben euch demnach auf, der Landesversammlung diesen Fall mitzutheilen. — Die besondere Lage und die persönlichen Verhältnisse des jungen Marcus sprechen sehr dafür, dass der Fall eben so betrachtet werde, wie der des Doctors Aarons. — Es scheint nns eben so billig, als unbedenklich, wenn von Seiten der Stände auch hier erklärt würde, dass der Zulassung dieses jungen Mannes zur Advocatur bei der Justiz Canzley in Schwerin nach überstandenem Examen, — allenfalls auch nach Gewinnung des Doctor Grades bei der Landes Academie, auch ihrer Seits kein Bedenken obwalte. — Indem wir Uns jedenfalls Unsre freie Beschlussnahme vorbehalten müssen, hoffen Wir, dass diese Angelegenheit auf solche Weise am Angemessensten beendigt werden möge. — Wir verbleiben etc. etc.“

Nachträglich reichte der Candidat ein an ihn erlassenes Allerhöchstes Respons, d. d. Schwerin, den 28. April 1832, bei der Juristenfacultät ein, des Inhalts:

„Fr. Fr. etc. etc. Wohlgelahrter, lieber Getreuer! Wenn wir auf eure allerunterthänigste Vorstellung und Bitte vom 10—14. Januar d. J. euch nunmehr hiedurch gnädigst verstatten wollen, euch bei Unserer hiesigen JustizCanzley — zu dem gewöhnlichen AdvocatenExamen zu melden; so wird euch, den bestehenden Verhältnissen nach, doch auch nach wohlüberstandner Prüfung, die AdvocaturPraxis nur unter der Bedingung, dass ihr sodann auch auf Unserer LandesUniversität zum *Doctor juris* promovirt seyn werdet, und mit der Beschränkung auf die Praxis vor den Landesgerichten, also namentlich mit Ausschliessung der Führung des Richteramtes bei PatrimonialGerichten sowohl in der Qualität eines Justitiars, als eines Substituten desselben, zugestanden werden können. Wornach ihr euch zu richten. etc. etc.“

Die Juristenfacultät, welche demgemäss den Candidaten Marcus zum DoctorExamen zugelassen und ihn über alle juristischen Fächer, *jedoch mit Ausnahme des Kirchenrechts*, geprüft hatte, war inzwischen nach reiflicher Erwägung und mit Ausnahme Eines dissentirenden Mitgliedes einstimmig der Ansicht geworden, dass sie den gedachten Israelitischen Candidaten nur zum *Doctor juris* schlechthin, nicht aber auch zum *Doctor juris canonici* und demnach nicht zum *Doctor juris utriusque* promoviren könne, und hatte sich hierin durch die Berufung des Candidaten Marcus auf den Vorgang anderer Deutschen Juristenfacultäten, welche wiederholt Bekenner der Mosaischen Religion zu Doctores juris utriusque promovirt hätten, nicht irre machen lassen. Diese

Überzeugung sprach die Facultät auch in ihrem Gesuche um die Literae Procancellariatus aus, in welchem sie zugleich bat, dem Doctoranden Marcus nach stattgefundener Promotion, ohne ihn einem weitern Examen bei einer JustizCanzley zu unterwerfen, nach den bestehenden Jura doctoralia zur AdvocaturPraxis zu admittiren, jedoch mit Ausnahme der ConsistorialSachen. Solchem Gesuche gemäss wurden auch unterm 13. October 1832 die Literae Procancellariatus nur auf die Promotion *in Doctorem juris* gerichtet, und dem Doctoranden Marcus das gewöhnliche AdvocatenExamen bei einem Landesgerichte allergnädigst erlassen. Derselbe wurde hierauf zum *Doctor juris* promovirt, und zwar nachdem er den gewöhnlichen DoctorEid, jedoch bloss mit den Worten: „*Ita me Deus adjuvet*,“ abgeleistet hatte.

3.

In einem Postscriptum des zu letztgedachten Rescriptes vom 13. October, 1832, wurde der Juristenfacultät von Grossherzoglicher Regierung aufgegeben, anzuzeigen:

Aus welchen Gründen sie der Meinung sey, dass ein Israelite nicht in Doctorem juris canonici, und daher nicht in Doctorem juris utriusque promovirt werden könne?

Die Facultät berichtete unterm 3. November 1832 hierüber, wie folgt:

Allerdurchlauchtigster etc. etc. Ew. Kgl. Hoheit Befehl gemäss beeilen wir uns die Gründe vorzulegen, aus welchen wir der Meinung sind, dass ein Israelite nicht in Doctorem juris canonici, und daher nicht in Doctorem juris utriusque promovirt werden könne. Zuvor erlauben

wir uns jedoch kürzlich zu bemerken, dass früher nach übereinstimmenden Deutschen Rechtsgrundsätzen die Israeliten, wie von allen übrigen Würden, so auch von den academischen, durchaus ausgeschlossen waren, und, was wenigstens die juristische Doctorwürde betrifft, erst seit dem Anfange dieses Jahrhunderts eine Milderung des ältern strengen Rechtsgrundsatzes zu ihren Gunsten in der Praxis der Deutschen Facultäten eingetreten ist. Obschon auch unsre Facultät den neuern Rechtsansichten zu Gunsten der Israeliten im Allgemeinen gerne beipflichtet; so kann sie sich doch nicht von der rechtlichen Möglichkeit überzeugen, dass ein Israelite in Doctorem juris canonici, und daher in Doctorem juris utriusque promovirt werde; denn

A. Eine solche Promotion würde dem Grundwesen dieses Doctorates widerstreiten. Es ist nämlich:

1. Die Würde eines Doctor juris canonici, wie die des Doctor theologiae, ihrem Ursprunge und Wesen nach eine *kirchliche* Würde und in dieser Hinsicht mit jener von allen andern academischen Würden durchaus unterschieden. Der Umstand, dass sie im protestantischen Deutschland seit der Reformation regelmässig mit der Würde eines Doctor juris civilis seu legum verbunden worden ist, hat in ihrer ursprünglichen, rechtlichen Bedeutung um so weniger eine Änderung zur Folge gehabt; als der Gegensatz des geistlichen und weltlichen Rechts sich auch bei den Protestanten erhalten hat, und selbst in den neusten Zeiten sowohl die Würde eines Doctor juris civilis, als eines Doctor juris canonici von protestantischen, wie katholischen Facultäten einzeln verliehen worden ist.

2. Die Ertheilung der Doctor Würde ist mehr, als eine blosse Anerkennung gelehrter Kenntnisse. Sie ist zunächst die feierliche Einräumung des Lehrstuhls, oder die Ertheilung der Facultas legendi. Da nun die juristischen Facultäten einen zwiefachen Lehrstuhl, einen des geistlichen Rechtes (in der Kirche) und einen des weltlichen Rechtes (im Staate) haben, und daher auch die doppelte Würde eines Doctor juris utriusque verleihen können, so sind sie bei der Verleihung dieser ihrer Würden nothwendig in der Art beschränkt, dass sie einen Israeliten, der nicht zur Christlichen Kirche gehört, ihr vielmehr kraft seines ReligionsBekenntnisses feindlich gegenübersteht, nicht auf ihren Lehrstuhl in der Christlichen Kirche einführen, ihn nicht als mitverbundenen Lehrer des Christlichen Kirchenrechts, dem mit ihnen die wissenschaftliche Aufhellung und Aufrechterhaltung der Christlichen Kirchenverfassung und aller Christlichen Rechtsverhältnisse als solcher obliegt, öffentlich begrüssen können.

3. Allein die Verleihung der Würde eines Doctors beider Rechte gibt ja auch die Befugniss zur Advocatur vor den *geistlichen* und weltlichen Gerichten des Landes. Jene gehören gleichfalls der *Kirche* an, und urtheilen nach kirchlichen Lehren und Rechtsgrundsätzen, wie solche in der heiligen Schrift, den symbolischen Büchern, den Kirchenordnungen und andern kirchlichen Rechtsquellen enthalten sind. — Wie nun den Doctores juris utriusque gestattet ward, auch vor den geistlichen Gerichten als Rechtsbeistände der Partheyen aufzutreten, und den wahren Sinn Christlicher Lehre und Kirchengesetzgebung dort geltend zu machen, ward wesentlich vorausgesetzt,

dass sie selbst der Christlichen Kirche angehörten, indem es jener Zeit auch nicht entfernt einfallen konnte, sich über innere Angelegenheiten der Christlichen Kirche von Israeliten, als von Infideles, belehren und vertreten zu lassen. Nur die völligste Erschlaffung unsers ganzen Kirchenwesens könnte auch Erscheinungen der Art, dass z. B. ein wegen falscher Lehre angeklagter Prediger von einem Israeliten vertheidigt, oder eine auf völlige Trennung einer Christlichen Ehe gerichtete Klage von einem Israeliten concipirt und eingereicht würde, erträglich finden. Indem wir daher einen Israeliten nicht zum Doctor juris utriusque promoviren, vermeiden wir, so viel an uns ist, dass der Landeskirche und den geistlichen Gerichten nicht Ärgernisse jener Art gegeben werden.

4. Wenn eine juristische Facultät Jemanden öffentlich als Doctor beider Rechte renuntirt, stellt sie denselben nach der bisherigen Bedeutung dieser Handlung in Beziehung auf geistliches und weltliches Recht den Studirenden als einen fähigen Lehrer, den prozessführenden Partheyen als einen empfehlenswerthen Anwald, allen Rechtsbedrängten als einen zuverlässigen Consulenten dar. Diess ist aber hinsichtlich eines Israelitischen Doctor juris canonici unmöglich, nicht nur, weil ein gründliches Studium der Christlichen Lehre und Kirchenverfassung bei ihm gar nicht zu erwarten steht — wie denn auch in dem zur Frage gestandenen Falle der Candidat Marcus an keiner kirchenrechtlichen Vorlesung Antheil genommen hatte, *und darum auch im Canonischen Rechte nicht hat examinirt werden können*, — sondern auch, weil der Israelite, der den auch an ihn ergehenden Ruf

des Christenthums verschmäht, in einem feindlichen Gegensatze zur Christlichen Kirche verharrt, und daher nicht innerhalb derselben Lehrer, Anwald oder Consulent seyn kann.

B. Allein auch den Grundsätzen des Judenthums selbst würde die Creirung eines Israeliten zum Doctor juris canonici widerstreiten. Denn:

1. Das Judenthum untersagt jedem rechtgläubigen Israeliten aufs Strengste jegliche Gemeinschaft mit der Christlichen Kirche als solcher, indem diese wegen ihrer TrinitätsLehre als eine abgöttische und heidnische betrachtet wird. Durch die Annahme der Würde eines Doctors des geistlichen Rechts würde aber, wie gezeigt worden ist, der Israelite wesentlich in solche Verbindung eintreten. Dass das moderne Judenthum, der s. g. reine Mosaismus, vielleicht minder strenge Ansichten hat, kann hier nichts entscheiden, da dieser s. g. Mosaismus theils noch an sich zu unentwickelt dasteht, theils kein festbestimmtes rechtliches Unterscheidungszeichen hat, kraft dessen seine Anhänger eine von der der Talmudisten wesentlich verschiedene rechtliche Beurtheilung fordern könnten.

2. Da der Doctor des geistlichen Rechtes als solcher zur wissenschaftlichen Vertretung und Aufrechthaltung der Christlich-kirchlichen Rechtsverfassung verpflichtet ist, kann der Israelite unmöglich einen Eid schwören, worin er sich feierlichst verpflichtet, alles was das Amt und die Würde eines Doctors des geistlichen Rechts mit sich bringt, aufs Gewissenhafteste zu erfüllen.

3. Würde er auch vielleicht aus mangelnder Einsicht in die wahre Natur dieses Amtes einen solchen Doctoreid ableisten, so würde es ihm dennoch in der Folge nicht schwer werden,

von jedem Rabbi dieses Eides entbunden zu werden; so dass der DoctorEid, an welchen, als eine Grundbedingung, jede Promotion geknüpft wird, bei ihm völlig illusorisch wäre. Selbst die gewöhnlichen Solennitäten des Judeneides würden hier keine grössere Gewähr leisten, abgesehen auch von dem Widerspruche, durch Hülfe der Synagoge, ihrer Rabbinen und Gesetzesrollen grössere Treue gegen die von ihnen angefeindete Christliche Kirche erzwingen zu wollen.

Diese von uns ehrerbietigst vorgelegten Gründe werden hoffentlich unsere Ansicht von der, den Israeliten zu verweigernden Würde eines Doctor juris canonici, als einer ihrem Ursprunge und Wesen nach kirchlichen Würde, rechtfertigen, und uns zugleich entschuldigen, wenn, um diese wichtige Rechtsfrage für immer genügend festgestellt und gesetzlich entschieden zu sehen, Ew. Kgl. Hoheit wir allerunterthänigst bitten:

Ew. Kgl. Hoheit wollen allergnädigst geruhen, eine allerhöchste Verfügung dahin zu erlassen, dass auch in Zukunft ein Israelite nicht in Doctorem juris utriusque, sondern nur in Doctorem juris schlechthin, d. i. in Doctorem juris civilis, s. legum promovirt, und dass in Ew. Kgl. Hoheit Landen ein auswärts in Doctorem juris utriusque promovirter Israelite als Doctor juris canonici niemals anerkannt und respectirt werden solle. etc. etc.

4.

Unterm 30. März 1833 ward der Facultät Allerhöchst rescribirt:

P. P. Wir lassen euch mit Bezug auf euren Bericht vom 3. November v. J. im Betreff der Promotion eines Israsliten in Doctorem

juris utriusque hieneben ein desfalsiges Rückschreiben des Kgl. Preussischen Mininisteriums der auswärtigen Angelegenheiten in Berlin vom 22. d. M. in Abschrift mit dem Anfügen zugehen: *in vorkommenden Fällen es bei eurer Facultät eben so zu halten.*

Das zur Nachachtung communicirte Schreiben lautete aber, wie folgt:

Einem Grossherzogl. Meklenburgischen Hochlöbl. Geheimen Ministerium beehrt sich das unterzeichnete Ministerium auf die, mittelst gefälligen Schreibens vom 23. Nov. v. J. aufgestellte Anfrage, ob in hiesigen Landen ein Israelite, wenn er die juristische Doctorwürde erlangt, zum Doctor *juris utriusque* creirt wird, oder mit Ausschluss des *juris canonici* bloss zum Doctor *legum*, in Folge der hierüber bei der betheiligten inneren Staatsbehörde eingezogenen Erkundigung ganz ergebenst zu erwidern, dass dieser Fall, so viel aus den Acten constirt, auf Preussischen Universitäten nur einmal vorgekommen ist, und zwar bei der JuristenFacultät zu Halle, welche einen Israeliten allerdings zum Doctor *juris utriusque* promovirt hat.

Bei der Seltenheit solcher Fälle ist es diesseits nicht für nöthig erachtet worden, dieserhalb für die Zukunft besondere Bestimmungen zu erlassen. Die einzige in Beziehung darauf getroffene Anordnung besteht darin, dass, während bei allen Promotionen Christlicher Candidaten dem DoctorEide die ObstrictionsFormel: „Ita me Deus adjuvet et sacrosanctum Ejus Evangelium,“ hinzugefügt wird, bei Jüdischen Candidaten die Formel: „Ita me Deus adjuvet,“ genügen soll. Übrigens gibt in hiesigen Landen die

juristische Doctorwürde keinen Anspruch und keine Berechtigung zu einem LehrAmte.

Das unterzeichnete Ministerium erneuert bei dieser Gelegenheit Einem Hochlöbl. Geheimen Ministerium die Versicherung seiner vollkommensten Hochachtung.

Berlin, den 22. März 1833.

Königl. Preussisches Ministerium der auswärtigen Angelegenheiten.

E i c h h o r n.

5.

Bevor die Facultät sich über die fragliche Angelegenheit nochmals vor Grossherzogl. Regierung ausspräche, wünschte der Herausgeber, als derzeitiger Decan, die Ansicht seines verehrten Freundes, des Herrn Geheimen LegationsRathes *Carl Friedrich Eichhorn* in Berlin über diese, von manchen Deutschen Juristenfacultäten, so wie auch von einem geehrten Mitgliede unseser Facultät, abweichend beantwortete Frage zu vernehmen. In einem desfalsigen Schreiben vom 12. April, 1833 legte er zugleich den Status controversiae vor, wie derselbe sich bei uns dadurch bestimmter herausgebildet hatte, dass das dissentirende Mitglied der Facultät einen SeparatBericht entworfen, welcher einen, von den vier übrigen Mitgliedern gebilligten Nachtrag der Facultät zur Folge hatte, die beide jedoch nicht abgesandt wurden.

„In der Gegenschrift,“ bemerkte der Herausgeber in seinem Schreiben, „heisst es u. a.:

In der Promotion zum Doctor juris utriusque liege *heutzutage* nur die Erklärung, dass der Promotus in jure civili et canonico hinlängliche Kenntnisse erlangt habe, um in den Stand der lehrenden und ausübenden Rechtsgelehrten

aufgenommen werden zu können. An eine Verpflichtung des J. U. D. die Christlich-kirchliche Rechtsverfassung wissenschaftlich zu vertreten und aufrecht zu erhalten, denke schon seit langer Zeit niemand mehr. Es sey auch kein Grund vorhanden, jene veraltete Idee wieder hervorzusuchen. Es komme daher bloss darauf an, ob der Israelitische Candidat hinlängliche Kenntnisse im canonischen Rechte habe. So wie Christen sich Kenntniss des Israelitischen Rechtes verschaffen könnten, so auch umgekehrt. So gut wie Michaelis etc. etc. über Mosaisches Recht lesen konnte, so auch Juden über Christliches Kirchenrecht. Beschränkungen der Israelitischen Doctoren hinsichtlich der Praxis wären überflüssig. Verbesserung des Zustandes der Juden durch Verbreitung höherer wissenschaftlichen Bildung unter ihnen wäre die Hauptsache und daher dürfe in wissenschaftlicher Hinsicht keine Art von Zurücksetzung statt finden. Etc.

Wir erwiderten:

So lange ein Institut noch bestehe, liege es den Behörden ob, seinen eigenthümlichen Character zu ehren und gegen jede Verkennung und Nichtachtung in Schutz zu nehmen; daher auch die Promotionen ihrem uralten gesetzlichen Grund Character gemäss verwaltet werden müssten. Die Würde eines Doctors des geistlichen Rechtes könne aber ihrem Grundwesen nach nicht einem Israeliten verliehen werden. Was man *heutzutage* bei der Doctorwürde und ihrer Verleihung gewöhnlich denke, könne der wahren, rechtlichen Bedeutung dieses Institutes um so weniger schaden, je mehr die nicht seltene gewissenlose Verleihung der academischen Würden in neueren Zeiten die Ansichten der Menge

hierüber verwirrt und der alles verflachende Zeitgeist selbst auf Juristenfacultäten eingewirkt habe. Nicht unwichtig sey es, dass durch den Doctor beider Rechte an den fortdauernden Gegensatz des geistlichen Rechtes der Kirche und des weltlichen Rechtes des Staates erinnert werde. Von einem tadelnswerthen Hervorsuchen veralteter Ideen könne nur dann die Rede seyn, wenn man *längst untergegangene* und unsern heutigen Ansichten und Verhältnissen durchaus *widersprechende* alte Institute *wiedereinführen* wolle. Wohin würden wir aber gerathen, wenn jedes wissenschaftliche und practische Bestreben den Geist unserer alten Institute lebendig zu erhalten, so bezeichnet werden dürfe. — Aus den gegenseitigen Behauptungen würde auch folgen, dass die Juden so gut Doctoren der Theologie als des geistlichen Rechts werden könnten, und über Theologie sowohl, als über Kirchenrecht auf unserer, auf die Augsb. Confession gegründeten Academie lesen dürften. Wenn freilich auch das bürgerliche Recht unserer Christlichen Staaten viele aus dem geistlichen Rechte entlehnte Bestimmungen enthielten und der Israelit, der in Christlichen Staaten practiciren wolle, auch diese kennen müsse, so habe dieses doch mit der ihm zu verweigernden Würde eines Doctors des geistlichen Rechts nichts gemein, da diese sich zunächst nur auf die Kirche und Kirchenverfassung beziehe. Etc. etc.

Hierauf erhielt der Herausgeber vom Herrn Geheimen Legations Rath *Carl Friedrich Eichhorn* folgendes ostensibles Schreiben, d. d. *Berlin,* den 14. Mai 1833:

Die Frage, welche Sie, hochgeehrtester Freund, von mir beantwortet wünschen, kann nach mei-

ner Überzeugung von dem Standpunkte aus, den Ihre Facultät in dem von Ihnen mir mitgetheilten Bericht genommen hat, nicht anders beurtheilt werden, als es in diesem geschehen ist. Nur über die Richtigkeit des Standpunktes selbst wäre eine andere Meinung möglich. In dieser Beziehung ist es leider nur zu wahr, dass so wie der Stand der Gelehrten in den äussern Verhältnissen alle Selbstständigkeit verloren hat, auch die Doctorwürde, die ihn als solchen eigentlich bezeichnen soll, ihre Bedeutung fast ganz verloren hat. Man tritt durch dessen Erwerbung nicht mehr in eine von Staat und Kirche anerkannte und hochgeachtete Corporation; man erhält dadurch einen leeren Titel, der höchstens als eine Art von Schul- oder Maturitätszeugniss betrachtet wird, das nicht einmal als solches geschätzt ist, wenn man sich auch gelegentlich das Ansehen gibt, ein Gewicht darauf zu legen. Nimmt man mithin die Doctorwürde in dem Sinne, in welchem sie gewöhnlich genommen wird, so ist es sehr begreiflich, dass viele Facultäten kein Bedenken dabei finden, einen Juden eben so gut zum Doctor juris utriusque zu promoviren als einen Christen, und ich sehe nicht ein, was, von diesem Standpunct aus die Sache betrachtet, einem Muhamedaner oder Braminen entgegenstehen könnte. In Göttingen wird keinem Juden ein Diplom verweigert, welches auf den juris utriusque Doctor lautet; ich erinnere mich wenigstens nicht, dass eine andere Form üblich wäre. Nur die Eidesformel wird bei der Promotion auf das Ita me Deus adjuvet, beschränkt, und so lange sie dort noch das Recht zur Advocatur gab, wurde auch den Juden erklärt, dass sie durch die Doctorwürde kein Recht auf die

gerichtliche Praxis in den Hannöverschen Landen erlangten.

Gleichwohl würde ich, wo darüber keine Verfügung besteht, welche von der Regierung ausgegangen ist, und die die Doctorwürde, indem sie diese den Juden zugänglich macht, allerdings in ein blosses Schulzeugniss verwandelt, wenn die Grundsätze der Facultät von dieser selbst festzustellen wären, *auf das Entschiedenste Ihren Ansichten beitreten.* Ohne Zweifel hat man Unrecht gehabt, sich in jenen Standpunct hineinziehen zu lassen, und die Bedeutung der Doctorwürde damit, sowie durch die Grundsätze, die überhaupt, in neuerer Zeit aber freilich nicht zuerst, bei den Promotionen befolgt worden sind, selbst aufzugeben. Allerdings wird damit dem gelehrten Stande die Selbstständigkeit und Haltung nicht zurückgegeben werden, welche er haben sollte, und verloren hat, weil er sie nicht mit Würde zu behaupten wusste, auch nur dadurch wieder zu erlangen im Stande ist, dass er sich selbst reformirt und würdiger stellt, wozu allerdings wenig Aussicht ist. — Aber jeder Schritt der von der richtigen Stellung abführt, die eine Facultät sich zu geben bemüht seyn muss, soll wenigstens vermieden werden, soweit es in der Macht der Einzelnen liegt, welche sie bilden. — Mit etc. etc.

Carl Friedrich Eichhorn.

6.

Nunmehr reichte die Facultät unterm 21. Mai, 1833, nachfolgenden allerunterthänigsten Vortrag bei Grossherzogl. Regierung ein, welcher den Schluss dieser gewiss nicht uninteressanten Verhandlungen bildet:

Allerdurchlauchtigster, etc. etc. Ew. Kgl. Hoheit haben geruht, unterm 30. März d. J. uns ein Schreiben des Kgl. Preussischen Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten, de dato Berlin, den 22. März 1833, zur Nachachtung allergnädigst zu communiciren.

Wir glauben nicht zu irren, wenn wir allerunterthänigst dafür halten, dass Ew. Kgl. Hoheit bei dieser allerhöchsten Vorschrift intendirten:

1. Dass auch wir bei etwaigen künftigen Promotionen von Israeliten zu Doctores juris die Worte des DoctorEides: *Ita me Deus adjuvet,* für genügend erachten und nicht statt der von selbst wegfallenden Worte: atque sacrosanctum ejus evangelium, etwa die Worte: atque sacrum verbum divinum, oder gar die sonstigen Erfordernisse des Judeneides substituiren sollten; in welcher Hinsicht wir allerunterthänigst nur anzuführen uns erlauben, dass wir auch dem nunmehrigen Doctor juris Marcus nur in der jetzt vorgeschriebenen Weise den DoctorEid abgenommen haben.

2. Dass bei dem, für Ew. Kgl. Hoheit Lande noch immer bestehenden gesetzlichen Verbote der juristischen Praxis von Seiten Israelitischer Doctoren und RechtsConsulenten eine dringende Veranlassung zur allgemeinen landesgesetzlichen Verfügung in Betreff auswärtiger Israelitischer Doctores juris utriusque nicht vorliege, und daher die von uns nachgesuchte Verfügung dieser Art zur Zeit nicht erlassen werden könne;

3. *Dass es aber im Übrigen der Facultät überlassen bleibe, wenn sich in Zukunft ein auswärtiger oder einheimischer Israelite bei ihr zur Doctorpromotion melde, frei nach*

ihrer eignen Überzeugung zu verfahren. Denn da in dem uns communicirten Schreiben des Preussischen Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten nur das einfache Factum berichtet wird, dass einmal in Halle ein Israelit und zwar zum Doctor juris utriusque promovirt worden sey, ohne dass auch nur entfernt die rechtliche Überzeugung jener Behörde, von der Rechtmässigkeit einer derartigen Promotion ausgesprochen wird; so vermögen wir in diesem Theile des Berichtes nicht eine von Ew. Kgl. Hoheit uns zur Nachachtung vorgeschriebene gesetzliche Disposition zu erkennen; abgesehen auch davon, dass in jenem Schreiben selbst bemerkt worden ist, wie in dem Preussischen Staate die Doctorpromotion eine völlig gleichgültige Sache sey, während sie für die hiesigen Lande von der grössten Wichtigkeit ist.

Grade dieser Umstand hat uns auch veranlasst, unsere, Ew. Kgl. Hoheit früher auf Verlangen submissest vorgetragenen Gründe, weshalb wir der Meinung sind, dass eine Juristenfacultät nicht mit Recht und Ehren einen Israeliten zu einem Doctor des geistlichen Rechtes creiren könne, zur Prüfung und Begutachtung einem, um das Deutsche Staats- und Kirchenrecht ausgezeichnet verdienstvollen Schriftsteller, dem Geheimen LegationsRath Eichhorn in Berlin vorzulegen, desen Ansichten für uns in dem vorlieden Falle eine um so grössere Auctorität haben mussten, als bekanntlich derselbe grade dem Kgl. Preussischen Ministerium der auswärtigen Angelegenheiten als Rechts Consulent zur Seite steht. —

Wir wagen daher auch, das von diesem Gelehrten eingegangene, an den mitunterzeichne-

ten derzeitigen Decan unserer Facultät gerichtete gutachtliche Schreiben in Original allerunterthänigst beizulegen, und zugleich die Hoffnung auszusprechen: Ew. Kgl. Hoheit werden aus der gnädigen Einsicht dieses Schreibens die Überzeugung gewinnen, dass die Juristenfacultät AllerhöchstIhrer LandesAcademie auch bei dieser Gelegenheit der Promotion des Israeliten Marcus die Ehre und das Ansehen der Academie besser wahrgenommen habe, wie so manche andere, den alten ehrwürdigen Stand der Gelehrten durch ihre Promotionen herabwürdigende Academie. etc. —

VII.

Ist der Beischlaf mit der Bruderstochter als Incest zu bestrafen?

Beantwortet in den vom Herausgeber ausgearbeiteten Entscheidungsgründen eines Erkenntnisses der *Rostocker* Juristenfacultät in U. S. wider Jacob S. und Wendula S. pto. incestuosen Ehebruches.

Der Einlieger Jacob S. zu B., 52 Jahr alt, seit 25 Jahren verheirathet, und Vater dreier ehelichen Söhne, wurde beschuldigt, die achtzehnjährige Tochter seines, mit ihm in Einem Hause wohnenden Bruders, die unverehelichte Wendula S. geschwängert zu haben. Der Inculpat gestand ein, seit ungefähr Einem Jahre mit seiner Bruderstochter wiederholt Ehebruch getrieben zu haben, und Vater des von ihr zu gebäh-

renden Kindes zu seyn. Die Aussagen der Wendula S. stimmten hiermit überein. Die Ehefrau des Inculpaten, die sich überzeugt hielt, dass ihr Ehemann durch das zudringliche Entgegenkommen des jugendlich leichtsinnigen Mädchens dahin gebracht sey, seine Pflichten zu vergessen, erklärte sich bereit, dem Inculpaten seinen Fehltritt zu vergeben.

Das Grossherzogl. Amtsgericht zu Schwaan, welches die Untersuchung geführt hatte, schickte nach Beendigung derselben die Acten zum Spruche an die *Grossherzogl. Justiz Canzlei* zu *Rostock*. Allein diese verwies die Sache, weil nach ihrem Dafürhalten die Schwängerung der Bruderstochter einen Incest involvire, an das *Grossherzogl. CriminalCollegium* zu *Bützow*. Dieses wies aber die Sache zurück, weil es hier keinen Incest statuiren könne. Zur Entscheidung der streitigen Competenz gelangte die Sache an das *OberApellations Gericht* nach *Parchim*, welches insofern der Ansicht des Criminal Collegiums beitrat, als es die Competenz desselben in dieser Sache für nicht begründet erklärte.

Hierauf wurden die Acten wieder an die Grossherzogl. JustizCanzley zu *Rostock* eingesandt, welche unterm 8. April, 1835 dem Amtsgerichte zu Schwaan ein Informatorium dahin ertheilte, dass Inculpaten wegen eingestandenen *incestuosen Ehebruches* und zwar der Einlieger S. in mildernder Erwägung der von seiner Ehefrau erhaltenen Verzeihung in eine *zweimonatliche Gefängnissstrafe*, cum carena alternis diebus die erste und letzte Woche, die Wendula S. in mildernder Berücksichtigung ihrer Jugend und Verführung in eine *drei wöchentliche Gefängnissstrafe*, c. c. a. d. die erste und letzte Woche,

ausserdem der Einlieger Jacob S. in zwei Drittel, die Wendula in ein Drittel der Untersuchungskosten solidarisch zu verurtheilen seyen. —

Nachdem das Amtsgericht in Gemässheit dieses Informatorium unterm 23. April dess. J. seinen Strafbescheid erlassen, die Inculpaten aber dagegen das Rechtsmittel der Revision ergriffen hatten und eine Defensions Schrift zu den Acten gekommen war, bestätigte die *Juristenfacultät* zu *Rostock* als die erwählte zweite Spruchbehörde unterm 16. Januar, 1836 das erste Erkenntniss, und zwar aus nachfolgenden Entscheidungsgründen:

I. In Betreff der Formalien ist von dem Defensor behauptet worden, dass nach der Grossherzoglichen Verordnung vom 17. März 1828, wornach in Ehebruchsachen, wenn keine Matrimonialsache damit concurirt, also bloss criminell verfahren wird, die Untergerichte das Straferkenntniss selbst und ohne von dem competenten LandesGerichte Belehrung einzuholen, sprechen sollen, nicht die Grossherzogl. JustizCanzley zu Rostock, sondern das Amtsgericht zu Schwaan, welches die vorliegende Untersuchungssache zur Spruchreife gebracht, auch selbst das Erkenntniss in dieser Sache hätte sprechen müssen. Hierauf ist der Antrag gegründet, das abgegebene StrafErkenntniss der Grossherzogl. Justiz-Canzley zu Rostock für nichtig zu erklären. Allein abgesehen von der Frage, ob die Einholung eines Informatoriums, da das Erkenntniss selbst doch immer von dem Amtsgerichte gesprochen wird, eigentliche Nichtigkeit des Erkenntnisses zur Folge haben müsse, so kann von einer solchen Nichtigkeit im vorliegenden Falle schon aus dem Grunde nicht die Rede seyn, weil hier, wie

weiter unten gezeigt werden soll, keine blosse Ehebruchssache, sondern ein Incest vorliegt, wo allerdings, wenn auch nicht die Competenz des Grossherzogl. CriminalCollegii zu Bützow, doch die der Grossherzogl. JustizCanzley zu Rostock, als des competenten Landesgerichtes, begründet ist, so dass demnach diese Ausstellung des Defensors nach einer richtigen Auffassnng der materiellen Seite dieser Untersuchungssache von selbst ihre rechtliche Bedeutung verliert.

II. Die Materialien nämlich betreffend, so kann

A. hinsichtlich des Thatbestandes des in Frage stehenden Verbrechens kein gegründeter Zweifel darüber obwalten, dass, wie die frühere Sentenz angenommen, ein incestuoser Ehebruch vorliegt. Denn

1. der Umstand, dass das OberAppellations-Gericht durch Erkenntniss vom 26. März 1835, die Competenz des Criminal Collegii in dieser Sache für nicht begründet erklärt hat, kann für die Spruchbehörde, wenn sie gleich dem Ober-AppellationsGerichte subordinirt ist, kein verbindendes Präjudiz begründen,

cfr. v. *WeningIngenheim*, Band I., §. 16.

widerstreitet aber auch insofern nicht der Annahme eines incestuosen Ehebruches, als das Ober Appellations Gericht die Bestimmung der CriminalGerichtsOrdnung, Theil 2, §. 3., wornach die Blutschande dem Criminal Collegio vorbehalten bleibt, in Uebereinstimmung mit dem von mehreren Criminalisten angenommenen Sprachgebrauche,

cfr. *Meister* (sen.), principia jur. crim. §. 283.
Quistorp, Grundsätze des peinl. Rechts, Band 2, §. 502.

Salchow, Lehrbuch des peinl. Rechts, §. 316, 318.

auf Blutschande im engern und eigentlichen Sinne, auf sogenannten *Incestus juris divini*, das ist, auf Geschlechtsvergehungen zwischen solchen Personen, zwischen denen eine Ehe überall rechtlich, selbst auf dem Wege der Dispensation, nicht möglich ist, füglich bezogen haben kann; ohne darum der unerlaubten Geschletsverbindung zwischen entferntern Verwandten, denen nur auf dem Wege der Dispensation die Ehe gestattet wird, den Character des Incestes, oder der Blutschande im weitern Sinne, des sogenannten *Incestus juris humani*, gänzlich absprechen zu wollen.

2. Dass nun aber nach einheimischem Rechte die unerlaubte GeschlechtsVerbindung des Vaterbruders mit der Brudertochter als eine incestuose und blutschänderische Handlung im weitern Sinne des Wortes angesehen werden müsse, erhellt deutlich aus der vom Defensor ganz unberücksichtigt gelassenen Verordnung des Herzogs *Friederich Wilhelm*, de dato Schwerin, den 28. December, 1696 (in Bärensprungs neuer Gesetzsammlung Mecklenburgischer Landesgesetze, I. N. 12, Seite 213. folg.). Diese landesherrliche Verordnung wurde veranlasst durch die Unordnung in Ehesachen,

„dass diejenigen, so mit einander im zweiten „oder dritten Grade verwandt, sich oftmals „heimlich mit einander verloben, — Andere „noch weiter gehen und bald nach solchen „unzulässigen Verknüpfungen sich fleischlich „mit einander vermischen und dadurch sich „in den Stand zu setzen vermeinen, dass „ihrem Bedünken nach die folgends erlan-

„gende Dispensation ihnen nicht könne ver-
„sagt werden.“

Sie bestimmt aber, dass solche als öffentliche Übertreter des 6ten Gebotes und dem Befinden nach als Blutschänder gestraft werden sollen. Da nun aber zwischen Blutsverwandten in der graden Linie und im ersten Grade der Seitenlinie nie der Gedanke an Ehelichung auf dem Wege der Dispensation entstehen kann, auch die fragliche Verordnung ausdrücklich nur der Verwandten im 2ten und 3ten Grade gedenkt, so erhellt von selbst, dass die Bestimmung, nach welcher die Übertreter dem Befinden nach als Blutschänder gestraft werden sollen, nur auf den Fall der unerlaubten Geschlechtsverbindung zwischen entferntern Verwandten des 2ten oder 3ten Grades bezogen werden kann, also namentlich auch auf den gegenwärtig in Frage stehenden Fall der Schwängerung der Brudertochter durch den Vaterbruder. Dabei versteht es sich von selbst, dass hier, wo der, von der fraglichen Verordnung vorausgesetzte Fall der Geschlechtsvermischung zum Zweck der desto leichter zu erlangenden Dispensation nicht eintritt, wo vielmehr eine ehebrecherische Geschlechtsverbindung vorliegt, darum der gesetzliche Gesichtspunct der Blutschande dennoch vollkommen stattfindet. Auch der Umstand, dass es in den angezogenen Gesetzesworten heisst, dass die Übertreter dem Befinden nach als Blutschänder bestraft werden sollen, und dass hier nicht ohne weiteres die Strafe der Blutschande angedroht ist, kann für den vorliegenden Fall, wo eine Verwandtschaft ersten und zweiten Grades ungleicher Linie canonischer Computation vorliegt, kein Bedenken begründen, da in solchem Falle nach gemeinem

Rechte unzweifelhaft eine Blutschande angenommen ward, was um so mehr zu beachten ist, als das einheimische Recht kein selbstständiges System der Gesetzgebung über Blutschande aufstellt, sondern hier offenbar das gemeine Recht wesentlich als geltend voraussetzt.

3. Erwägt man nämlich nach dem, demzufolge auch hier subsidiarisch eintretenden gemeinen Rechte die Frage, ob die Schwängerung der Brudertochter durch den Vaterbruder als Incest zu betrachten sey, so kann, ungeachtet der in neuern Zeiten dagegen erhobenen Bedenklichkeiten, die bejahende Beantwortung doch nur als die richtigere erscheinen. Denn

a. das Römische Recht, das auch in criminalibus, so lange es nicht ausdrücklich durch die Const. crim. Carol. aufgehoben oder abgeändert worden ist, als gemeines Recht gilt, behandelt das Stuprum mit der Bruder- oder Schwestertochter entschieden als strafbaren Incest, wenn es gleich die Geschlechtsverbindungen in der graden Linie der Bluts- und Schwiegerverwandten als Incestus juris gentium vor den übrigen Fällen des Incestus juris civilis besonders auszeichnet.

Cfr. l. 9. C. (5, 5.) De incestis.
l. 38. §. 1, 2. D. (48, 5.) Ad leg. Juliam de adulteriis.
l. 39, l. 68. D. (43, 2.) De ritu nuptiarum.

b. Die P. G. O. Karls des V. bestimmt Art. 117, nach dem Vorgange der Bambergischen Halsgerichtsordnung Art. 142. und mit offensichtlicher Bezugnahme auf die oben angeführte l. 38. pr. D. 48, 5, *ad legem Juliam de adulteriis:*

Item so eyner unkeusch mit seiner stieftochter, mit seines suns eheweib, oder mit seiner stieffmutter treibt, im solchen und noch nehern sipschafften soll die straff wie davon in unsern vornfarn und unsern Kayserlichen geschriben rechten gesetzt, gebraucht, und deshalb bei den rechtverstendigen radts gepfleget werden.

Allein der Umstand, dass die C. C. Carol. bloss des Incestus juris gentium gedenkt, und zwar nur des Incestes zwischen Affines ausdrücklich; „von neher unkeusch zu melden" aber mit der Bambergensis l. c. „umb zucht und ergernuss willen" unterlässt, — kann nicht als Beweis angeführt werden, dass dieselbe den s. g. Incestus juris civilis, und namentlich den Incest mit der Brudertochter für straflos erklärt hat, und dieses um so weniger, da die Carolina nach Vorgang der Bambergensis offenbar nur der gröbern Fleischesverbrechen gedenkt, nämlich Art. 116. der widernatürlichen Unkeuschheit, Art. 118. der Entführung, Art 119. der Nothzucht, Art. 120. des Ehebruchs, Art. 121. der Bigamie u. s. w., während sie das Struprum und die minder bedeutenden Unzuchtsverbrechen ganz übergeht, ohne darum diese für straflos zu erklären.

Cfr. *Böhmer* ad Carpzov. qu. 69. obs. 1; dessen Meditat ad. C. C. C. ad art. 120. §. 21.

Wächter, Lehrbuch des Strafrechts Th. II. §. 236. S. 555. N. 268.

c. Der ältere Gerichtsgebrauch, der hier überall um so entscheidender ist, je bestimmter die Carolina auf der Rechtsverständigen Rath hinweist und diesen berücksichtigt wissen will, hat übereinstimmend den Beischlaf zwischen allen

Personen, zwischen denen die Ehe verboten ist, namentlich zwischen solchen, bei denen, wie im vorliegenden Falle, ein sogenannter Respectus parentelae eintritt, als strafbaren Incest betrachtet, wie denn auch darin alle ältern und neuern Rechtslehrer, bis auf sehr wenige Ausnahmen, übereinstimmen.

Cfr. *Barbosa*, thesaurus locorum commun. jurisprud. Ed. V. L. IX, c. 42. pag. 546.
Carpzov, praxis jur. crim. qu. 72, N. 1; qu. 73. N. 4. seqq.
Boehmer, ad C. C. C. Art. 117.
Meister, principia juris crim. §. 264. 265.
Salchow, Lehrbuch des peinlichen Rechts. 2 Ausg. §. 539.
Grolman, Grundsätze der Criminal-Rechtswissenschaft, 4. Ausg. §. 392. §. 393.
Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts, 7. Ausg. §. 463.

d. Wenn dagegen in neuern Zeiten
Tittmann, Handbuch des Strafrechts, §. 586. §. 587.

den Incest bloss auf Ascendenten, Descendenten und Geschwister bezieht, so verlässt er dabey ganz das positive Recht, und substituirt demselben willkührlich eine falsche Ratio juris.

Cfr. *Konopack*, in den Noten zu *Quistorps* Grundsätzen des peinlichen Rechts, 6. Aufl. §. 502. S. 328.
Wächter, Lehrbuch des Strafrechts, II. §. 237. S. 565. 566.

Wenn ferner *Martin*, Lehrbuch des Criminalrechts 2. Ausg. §. 278 — 280. den Begriff des Incestes auch nach positivem Rechte auf gleiche

Weise beschränkt wissen will, so geht er dabei von einer durchaus unzulässigen Interpretation des Art. 117. der Carolina aus. Denn die Annahme, dass die Carolina auf die Möglichkeit einer Dispensation in den verbotenen Graden wesentlich Rücksicht genommen und nur für die indispensablen Fälle den Incest ferner noch als strafbar zugelassen habe, erscheint durchaus willkührlich, da dessen mit keinem Worte gedacht wird und bei keinem gleichzeitigen Rechtslehrer sich eine solche Ansicht irgend nachweisen lässt. Auch gibt der Verfasser selbst zu, dass, da der Art. 117. nur der Schwägerschaft in der graden Linie und der nähern Sippschaften wörtlich gedenkt, derselbe zunächst nur auf die Blutsverwandtschaft der graden Linie zn beziehen sey. Er fügt jedoch hinzu: „*Er umfasst aber wahrscheinlicher Weise auch noch leibliche Geschwister,*“ wofür das Mosaische Recht und die auf dasselbe zur Zeit der Abfassung der peinlichen Gerichts Ordnung genommene Rücksicht angeführt werden. Allein das Mosaische Recht (cfr. *Leviticus*, c. 18, v. 12, 13. ff.) gedenkt auch anderen verbotnen Beischlafes als des zwischen Geschwistern, wie namentlich mit der Vater- oder Mutterschwester u. s. w., so dass auch diese Fälle in den Begriff des Incestes gezogen werden müssten. Dazu kommt, dass das Mosaische Recht zur Zeit der Abfassung der peinlichen GerichtsOrdnung wohl in den protestantischen Kirchen- und Eheordnungen in Betreff der den protestantischen Landesherren gestatteten DispensationsBefugniss, so wie später von *Carpzov* qu. 72. N. 18. und Andern zur Begründung der Todesstrafe für den Incest in der graden Linie berücksichtigt wurde; allein ein Gleiches nicht

auch von den, vom Kaiser und Reich ausgehenden Gesetzen und Ordnungen irgend nachgewiesen werden kann. Endlich bezeugt schon die hypothetische Redeweise des Verfassers, der nur die *Wahrscheinlichkeit* zu behaupten wagt, wie wenig der von ihm eingeschlagene, und der übereinstimmenden Ansicht der ältern und neuern Rechtslehrer widerstreitende Weg, um das positive Recht mit vagen Zeitansichten in grössere Übereinstimmung zu bringen, zu einem sichern Ergebnisse führt, wie doch die Rechtspflege es verlangt.

Wenn endlich

Heffter, Lehrbuch des CriminalRechts, §. 487,

behauptet, dass die P. G. O., Art. 117. den Incest lediglich nur in den Grenzen des Incestus juris gentium, (also in der graden Linie) für ein eignes Delict erklärt und damit die sonstigen Fälle des Incestes zum Stuprum und Adulterium verwiesen habe, so supponirt er hier etwas, was bei dem oben bemerklich gemachten Stillschweigen der Carolina über die geringern Fleischesverbrechen sich nicht rechtfertigen lässt, und was nicht nur dem übereinstimmenden ältern Gerichtsgebrauche und der strengen ältern Rechtsansicht, sondern auch selbst der heutigen Rechtsansicht, welche, wie schon die Anführungen von *Tittmann* und *Martin* beweisen, wenigstens den Beischlaf zwischen leiblichen Geschwistern als Incest bestraft wissen will, auf's Entschiedenste widerstreitet.

4. Wie demnach mit Grund Rechtens behauptet werden darf, dass sowohl nach Mecklenburgischem, als nach gemeinem Rechte der Beischlaf zwischen dem Vaterbruder und der Brudertochter als Incest zu betrachten ist, so

liegt es auch im gegenwärtigen Rechtsfalle eben so entschieden vor, dass mit dem Incest zugleich Ehebruch concurirt, da Inculpat Jacob S. zur Zeit des verübten Beischlafes in einer rechtsgültigen Ehe lebte; wodurch fur beide Theile, indem auch der Wendula S. diese Ehe bekannt war, das Verbrechen des Adulterium begründet ist.

B. Erwägen wir nunmehr die Strafbarkeit der beiden Inculpaten und zwar

1. was das Verbrechen des *Incestes* betrifft, so ist

a. nach dem heutigen Gerichtsgebrauche die Strafe des Incestes eine arbiträre. Denn wenn auch die oben angezogene Verordnung vom 28. December, 1696 bestimmt, dass solche Blutschänder, als die Verordnung gedenkt, „den Umständen nach das Land gar zu räumen angestrengt werden sollen," so ist diese Strafbestimmung theils von den Umständen abhängig gemacht, theils nicht allein vom neuern einheimischen Gerichtsgebrauche ausser Anwendung gesetzt, sondern auch nach einheimischen Gesetzen, wenigstens in Ansehung der Inländer, nicht mehr zulässig. Das gemeine Römische Recht bestimmt in der Novelle 12. c. 1. und 2. als Strafe der incestae nuptiae freilich gleichfalls Exil; allein auch hierüber walten nicht nur mancherlei Zweifel und Dunkelheiten ob,

cfr. *Wächter*, a. a. O. §. 237. N. 80. S. 368—370;

sondern der neuere gemeine Gerichtsgebrauch ist ebenfalls entschieden von dieser Strafbestimmung abgegangen.

b. Bei der nähern Bestimmung der arbiträren Strafe hat der gemeine Gerichtsgebrauch hinsichtlich der entferntern Seitenverwandten be-

sonders den sogenannten *Respectus parentelae* als Schärfungsgrund berücksichtigt; was sich dadurch rechtfertigt, dass nach Römischem Rechte von Seiten Verwandten, ausser den Geschwistern, nur denen, welche *Parentum et liberorum loco* waren, nicht den Geschwisterkindern, die Ehe untersagt und daher nur bei ihnen ein Incest denkbar war;

§. 3, 4, 5. J. 1, 10. De nuptiis;

l. 39. pr. D. 23, 2. De ritu nuptiarum;

dagegen aber, wie in der Folge die Eheverbote und damit auch der Begriff des Incestes ausgedehnt wurden, es angemessen schien, die solchergestalt hinzugekommenen Fälle des Incestes minder scharf zu bestrafen, eben weil hier nicht die Analogie des Incestes in der graden Linie eintrat.

Cfr. *Böhmer*, ad C. C. C. Art. 117.

Auch nach einheimischem Rechte und zwar theils nach der angezogenen Verordnung vom 28. December 1696, theils nach dem Gerichtsgebrauche begründet der „*Respectus paternus*“ eine grössere Strafbarkeit.

cfr. Jus Mecklenb. et Lubec. illust. Cent. 5. Jud. 43.

Ein solcher Respectus parentelae liegt auch gegenwärtig vor, indem Vaterbruder und Brudertochter Parentum et liberorum loco sind.

c. In Betreff des Inculpaten Jacob S. ist besonders zu bemerken, dass sein Alter den Entschuldigungsgrund jugendlichen Leichtsinnes nicht zulässt, so wie, dass die eingestandene öftere Wiederholung, und der Umstand, dass der Inculpat als Oheim Parentis loco war, ihn besonders strafbar darstellen; Milderungsgründe dagegen in Betreff des Incestes ihm überall nicht zur Seite stehen.

d. Was aber die Inculpatin Wendula S. betrifft, so wäre anscheinend für sie anzuführen, dass nach einer ausdrücklichen Bestimmung des gemeinen Römischen Rechtes bei Incestfällen in der Seitenlinie, welche nicht Juris gentium sind, der weibliche Theil wegen Incestes, wenn sie sich in errore juris befindet, überall nicht bestraft werden soll; was freilich die Strafe wegen Adulterium oder Stuprum nicht aufhebt.

L. 38. §. 2. D. 48, 5. Ad. leg. Juliam de adulteriis:

Quare mulier *tunc demum* eam poenam, quam mares sustinebat, *quum incestum jure gentium prohibitum admisserit: nam si sola juris nostri observatio interveniet, mulier ab incesti crimine erit excusata.* §. 4. Nam et mulieres, in jure errantes, incesti crimine non teneri, supra dictum est: cum in adulterio commmisso nullam habere possint excusationem.

Wenn auch manche mit der Glosse ad h. l. diese Stelle irrthümlich bloss auf AdoptivVerwandtschaft, Vormundschaft und dergleichen bezogen haben, so ist doch die wahre Bedeutung derselben von andern Rechtslehrern richtig erkannt. So sagt namentlich der Hauptschriftsteller über das Römische CriminalRecht,

Mathaeus, de criminibus, Ed. II. p. 417, 418:

Jure civili incestus committitur cum amita, matertera, cum fratris vel sororis filia. — Quantum vero ad jus in libros nostros relatum, disserit de poena incestus *Papinianus* in l. *Si adulterum*; sed obscure: enucleandum autem responsum ita videtur: Mulier si commiserit incestum jure gentium, punitur aeque grave ac mas: sin jure

civili, tenetur solum *adulterii* vel *stupri* poena; nempe si per adulterium vel stuprum incestum commiserit; nam si per matrimonium errore juris contractum, excusatur: quia juris civilis ignorantia in mulieribus tolerabilis est.

Cfr. *Heffter*, a. a. O. §. 436.

Jarcke, Strafrecht, B. 3. §. 28. S. 99.

Allein entscheidend ist, dass nach einer unzweifelhaften, auch von unserer Spruchbehörde in frühern Urtheilen anerkannten Praxis des hiesigen Landes auch die Weibsperson wegen eines Incestes dieser Art bestraft wird; welche Entschiedenheit der Praxis auch den Grundsatz ausschliesst, der bei einem noch irgend obwaltendem Zweifel zu Gunsten des weiblichen Theiles eintreten würde, dass im peinlichen Rechte die mildere Ansicht im Zweifel den Vorzug hat. Dazu kommt, dass die Landesherrliche Verordnung von 1696 keinen Unterschied zwischen Manns- und Weibspersonen macht, auch die Landesherrliche Verordnung vom 10. April 1813 (*v. Both*, B. 4, S. 144.) vorgeschrieben hat, dass die Prediger jährlich einigemal *zur Verhütung der Unkenntniss der gesetzlichen Bestimmungen über die Eheverbote von Seiten des weiblichen Geschlechts* ihre Gemeinden auf diese Eheverbote aufmerksam machen sollen, welches für *Mecklenburg* nicht wohl zulässt, die Frauen in dieser Hinsicht noch als in jure errantes zu betrachten. Demnach liegt in Betreff der Wendula S. nicht nur ein Incest vor, sondern dieselbe muss dieserhalb auch zur Strafe gezogen werden.

In so weit aber ausser dem Inceste auch ein Ehebruch zur Bestrafung steht, erscheinen

a. beide Inculpaten, Jacob S. und Wendula S. um so strafbarer, je mehr sie sich öftere Wiederholungen des Ehebruchs geständig haben zu Schulden kommen lassen, durch solche aber die Strafbarkeit nothwendig um so mehr vergrössert wird, als daraus die Grösse und Hartnäckigkeit des bösen Vorsatzes und der Mangel blosser Uebereilung sich sicher ergiebt, was freilich in viel höherm Maasse eintreten würde, wenn bereits einmal eine öffentliche Strafe wegen Ehebruchs stattgefunden hätte.

b. Auf der andern Seite kommt aber auch Beiden der Umstand zu statten, dass die Ehefrau des Inculpaten Jacob S. demselben sein Verbrechen verziehen hat und demnach der Friede und die Einigkeit der Ehe durch diesen wiederholten Ehebruch nicht bleibend gestört worden ist; so wie auch

c. für die Wendula S. insbesondere noch ihre Jugend und Unerfahrenheit als Milderungsgrund geltend zu machen ist, wenn gleich nach Inhalt der Acten von besondern, gegen sie vom Inculpaten angewandten Verführungskünsten nicht wohl die Rede seyn kann.

3. Erwägen wir nun aber die seither ausgeführten Momente, so kann weder eine zwei monatliche Gefängnissstrafe, die erste und letzte Woche cum carena alternis diebus, für den Inculpaten Jacob S., noch eine dreiwöchentliche Gefängnissstrafe, die erste und letzte Woche cum carena alternis diebus, für die Inculpatin Wendula S. irgend als zu hart betrachtet werden, und hat daher, da eine Schärfung der erkannten Strafe dem Gerichtsgebrauche zufolge nicht zulässig ist, wenigstens eine Herabsetzung dieser Strafe nicht stattfinden können.

4. Was die Kosten dieser Untersuchungssache betrifft, so rechtfertigt es sich nach dem Ausgeführten ebenfalls von selbst, wenn Jacob S. sowohl, was die Kosten der frühern, als der gegenwärtigen Instanz betrifft, $\frac{2}{3}$tel, die Wendula S. dagegen nur $\frac{1}{3}$tel derselben, und zwar mit wechselseitiger solidarischer Verpflichtung, zu tragen für schuldig erkannt worden sind.

VIII.

Über Servituten Verjährung und Gemeinde Vertretung.

Aus den Entscheidungsgründen zum Erkenntnisse der *Rostocker* Juristenfacultät vom 8. Juli, 1833, in Sachen des Oberhofmeisters von Oldershausen wider die Gemeinde Echte, wegen Entschädigung.

Unterm 8. October, 1829 trug der Oberforstmeister Freiherr von *Oldershausen* zu Oldershausen im Fürstenthume Göttingen vor dem dortigen freiherrlichen Gerichte wider die Gemeinde *Echte* Folgendes klagend vor:

Im J. 1808 oder 1809 sey der Westphälische Maire der Gemeinde Echte, der Einwohner *Voss* daselbst, in Begleitung des Westphälischen Maire des Canton Westerhof, jetzigen Amtsobervogtes *Rode* zu Salzderhelden, zu ihm gekommen und habe ihm vorgetragen, dass die Gemeinde *Echte* einen Theil ihres Hut- und

WeideAngers auf der Böhke und am Lindenberge, ungefähr anderthalb Morgen enthaltend, umzubrechen und als Gartenland zu benutzen wünsche, wozu er, Kläger, als Innehaber der Schäfereigerechtigkeit consentiren möge. Unter der Bedingung, dass die Gemeinde *Echte* ihm jährlich eine halbe Pistole oder 2 Thlr. 12 ggr. Gold für die Erlaubniss entrichte, habe er diese, jedoch nur vorläufig und auf unbestimmte Zeit, ertheilt. — Ungeachtet nun die Gemeinde einen Theil ihrer genannten Anger in den J. 1808, 1809 oder 1810 habe umbrechen und als Gartenland benutzen lassen, so habe sie die ihm versprochene Geldentschädigung doch bis jetzt überall nicht berichtigt. Er bitte daher die Beklagte anzuhalten: 1, dass sie die ihm versprochene und schuldige jährliche Entschädigung, und zwar wenigstens vom J. 1810 incl. bis zum J. 1829 incl., also von mindestens 20 Jahren mit 50 Thlr. Gold sammt Verzugszinsen zu 5 pr. Ct., vom jedesmaligen Verfalltage der einzelnen EntschädigungsQuoten an gerechnet, bezahle; so wie 2, dass sie die umgebrochenen Theile der gedachten Weidefläche vom 1. Januar, 1830 an wieder zur Hut und Weide liegen lasse.

Die beklagte Gemeinde räumte ein, dass ein Theil der genannten Anger, jedoch ohne ihre Mitwirkung, umgebrochen sey und als Gartenland benutzt werde; verweigerte aber sowohl die verlangte Zahlung, als das gedachte Land wieder zur Hut und Weide liegen zu lassen. Sie opponirte dem Kläger:

1. *Die Einrede des gänzlichen Ungrundes der Klage.* Die Gemeinde *Echte* als solche

sey nämlich nicht verpflichtet, dasjenige, was von einigen Mitgliedern derselben, namentlich von dem damaligen CommuneMaire *Voss* in angeblicher Begleitung des gewesenen CantonMaire *Rode* hinsichtlich der Hut und Weide auf eine nicht rechtsbeständige Weise geschehen sey, anzuerkennen. Denn es sey die Gemeinde darum nicht befragt worden, habe sich nicht verbindlich gemacht und ihren Consens nicht gegeben. Den beiden Maires *Voss* und *Rode* habe auch nach Westphälischen Gesetzen kein Recht zugestanden, einen für die Gemeinde verbindlichen Vertrag abzuschliessen, indem Berathung im Municipal-Rathe und Genehmigung des Präfecten hätte hinzukommen müssen, welche aber vom Kläger auch nicht einmal behauptet worden sey. Dazu komme, dass die Gemeinde als Eigenthümerin der gesammten Feldmark vor Echte über diese unbeschränkt disponiren dürfe, ohne erst die Erlaubniss eines Dritten einholen zu müssen, zumal dieser nicht Gutsherr, sondern nur Gerichtsherr sey, und hinsichtlich der Hut und Weide ihnen selbst weit nachstehe, weshalb sie auch verlangen könnten, dass die umgebrochenen Stellen unverändert blieben. Sie bitte daher um Abweisung, etc.

2. *Eventuell die Einrede der Verletzung und Zuvielforderung.* Die fraglichen Plätze seyen alte zerfahrene Wege mit steinigtem Boden gewesen, auf denen nur weniges Futter hätte gefunden werden können. Dazu komme, dass zunächst der Gemeinde *Echte* das gesammte Hut- und WeideRevier in der Art zum Betriebe zustehe, dass sie ihr sämmtliches Vieh ohne Ausnahme erst überall hintreiben dürfe, bevor Kläger mit einer Anzahl von Schaafen zu hüten

berechtigt sey, der aber auch alsdann die Schaafheerde der Gemeinde in seine Heerde aufnehmen und unter Einem Hirten unentgeltlich hüten müsse. Daraus erhelle die Unmöglichkeit des vom Kläger behaupteten jährlichen Schadens von 2 Thlr. 12 ggr. Gold. Vielmehr enthalte jener Vertrag für die Gemeinde eine Verletzung weit über die Hälfte. Von Verzugszinsen könne aber schon um deswillen nicht die Rede seyn, weil die Gemeinde von dem fraglichen Vertrage nichts gewusst habe, und daher sich nicht habe in Mora befinden können. Sie bitte daher, den Kläger wenigstens in tantum mit seinen Ansprüchen zurückzuweisen.

3. *Die Einrede der Verjährung.* Kläger gebe selbst an, dass in den J. 1808, 1809 oder 1810 das fragliche Land umgebrochen und seitdem von der Gemeinde als Gartenland benutzt worden sey. Dieser während eines 20jährigen ununterbrochenen Zeitraumes bis jetzt fortdauernde Zustand habe das Recht des Klägers vernichtet, und für sie, die beklagte Gemeinde, das Recht begründet, auf das Fortbestehen des jetzigen Zustandes zu dringen. Schon in 10 Jahren sey dieses Recht erworben worden, zumal bona fides und fortgesetzter Besitz nicht fehlten. Sie bitte daher den Kläger abzuweisen und sie im seitherigen Besitze zu schützen.

Das Mitgetheilte reicht hin, um die streitigen Punkte zu übersehen. Wir bemerken nur noch, dass Kläger sich in seiner Replik besonders auch auf das Königlich Hannöverische transitorische Gesetz vom 23. August, 1834, Nr. IV, berief, wornach die Versäumung einer nach den fremden Gesetzen erforderlichen, nach den einheimischen Gesetzen unwesentlichen blossen Förm-

lichkeit der Gültigkeit eines während der UsurpationsZeit eingegangenen Rechtsgeschäftes nicht im Wege stehen solle, wenn nur die, nach der einheimischen Gesetzgebung wesentlichen Förmlichkeiten beobachtet seyen. Nach dieser seyen aber der CantonMaire *Rode* und der Gemeinde-Maire *Voss* als die damaligen ersten Vorgesetzten der Beklagten, wohl befugt gewesen, für sie einen Contract einzugehen und sie zu verpflichten, und dieses um so mehr, als der Vertrag mit Wissen und Willen der Beklagten geschlossen sey und das Land von ihr benutzt werde.

Nach gewechselter Replik und Duplik erkannte das Freiherrliche Gericht *Oldershausen* unterm 15. October, 1831 dahin:

dass Kläger mit der erhobenen Klage abgewiesen und in sämmliche dadurch veranlasste Kosten verurtheilt werde, er könnte und wollte denn binnen O. F. dahier zu Recht erweisen:

das er den in seiner Klage bezeichneten Vertrag mit dem vormaligen Maire *Voss* und dem CantonMaire *Rode* abgeschlossen, und dass dabei die in der Zeit geltenden gesetzlichen Vorschriften gehörig beobachtet seyen;

wogegen der beklagten Gemeinde nicht nur der Gegenbeweis im Allgemeinen, sondern auch der Beweis ihrer Einrede:

dass sie durch den angeblich abgeschlossenen Contract über die Hälfte verletzt sey,

ausdrücklich vorbehalten, die Einrede der Verjährung aber, und die Exceptio plus petitionis ratione der Verzugszinsen für den Fall, dass der Hauptbeweis vollständig geführt wer-

den sollte, als unstatthaft und ungegründet verworfen werde.

Nachdem Kläger gegen dieses Erkenntniss das Rechtsmittel der Appellation eingewandt, dasselbe auch zeitig bei der Kgl. Justiz Canzley zu *Göttingen* eingeführt hatte, jedoch wegen Nichtbeachtung der für die Rechtfertigung der Appellation erbetnen Frist mit diesem Rechtsmittel zurückgewiesen war, überreichte er nachträglich noch seine Justifications Schrift mit Bitte um Restitution gegen den Ablauf der Fatalien. —

Unterm 18. Mai 1832 erliess die Königl. JustizCanzley zu *Göttingen* hierauf nachfolgenden Bescheid:

Demnach die Vorschriften des Westphälischen Decretes vom 11. Januar, 1808, mit Recht von dem Judicio a quo seiner Entscheidung zum Grunde gelegt sind, auch, da solche keinesweges bloss die Förmlichkeiten des vorliegenden Rechtsgeschäftes bezielen, die in der Verordnung vom 23. August, 1814, sub N. IV. enthaltene Bestimmung hier nicht zur Anwendung zu bringen ist, als steht der, wider den Ablauf der Rechtfertigungsfrist nachgesuchten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht zu deferiren und wird vielmehr Appellant auch in die Kosten dieser Instanz verurtheilt.

Nachdem Kläger und Appellant gegen diesen Bescheid zeitig das Rechtsmittel der Supplication interponirt hatte, wurden die Acten zum Spruche Rechtens an die Juristenfacultät zu *Rostock* versandt.

Das von dieser, unterm 8. Juli, 1833, Namens der Königl. JustizCanzley zu *Göttingen* abgegebene Erkenntniss lautete, wie folgt:

P P. Nunmehr aus den Acten so viel zu ersehen, dass es bei dem unterm 18. Mai 1832 erlassenen — Erkenntnisse nicht zu belassen. Vielmehr wird dem Supplicanten die erbetene Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wider den Ablauf der Rechtfertigungsfrist in Appellatorio hiemit ertheilt; in der Hauptsache selbst aber Beklagte und Supplicatin, mit Verwerfung der Einrede der Verjährung, so wie der Einreden des Ungrundes der Klage und der Verletzung, für schuldig erkannt, den fraglichen Anger-District wiederum zur Weide liegen zu lassen, und denselben dem Kläger zur Ausübung seines hergebrachten Hut- und Weiderechtes zu öffnen. Hinsichtlich der eingeklagten Entschädigungssummen aber ist Kläger und Supplicant gehalten, binnen O. F., den Gegenbeweis binnen gleicher Frist vorbehalten, rechtlicher Art nach darzuthun:

> dass er, Kläger, den in seiner Klage näher bezeichneten Vertrag wirklich abgeschlossen, und dass dabei *entweder* die damals in Betreff der Mitwirkung des MunicipalRathes und des Präfecten gegoltenen gesetzlichen Vorschriften gehörig beobachtet seyen, *oder* doch wenigstens die beklagte Gemeinde den fraglichen Contract vollständig gekanut und sich früher oder später zu Nutze gemacht habe;

worauf in Betreff der Entschädigungsforderung des Klägers und die Kosten dieses Rechtsstreites das Weitere ergehen wird. Die Kosten der gegenwärtigen Instanz sind gegen einander aufzuheben, mit Ausnahme

der Kosten der Actenversendung, welche Kläger und Supplicant allein zu tragen hat.

Diesem Erkenntnisse der *Rostocker* Juristenfacultät wurden nachfolgende, vom Herausgeber ausgearbeitete *Entscheidungsgründe* beigefügt:

„I. Was zunächst die Formalia betrifft, so handelt es sich gegenwärtig, da die Formalien der SupplicationsInstanz überall gehörig beachtet sind, zunächst zwar um die Verletzung derselben in der AppellationsInstanz durch Versäumung der Fristen in Betreff der Rechtfertigung der gegen das erste Erkenntniss eingewandten Appellation. Allein die Entscheidung über die desfalls erbetne Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hängt, wie auch schon die Sententia a qua indirect ausgesprochen hat, lediglich von der Beurtheilung der Materialien ab. Da nun letztere (nach Lage der Sache) zu Gunsten des Supplicanten ausfallen muss, so kann auch die Ertheilung der erbetnen Restitution keinem Zweifel unterliegen. —

II. Diese Materialia anlangend, so sind zwei Hauptpunkte wesentlich zu unterscheiden, nämlich zunächst: die gleich in der ersten Klagschrift des Klägers angebrachte Bitte, die beklagte Gemeinde zu verurtheilen, die umgebrochenen Theile der fraglichen Weidefläche vom 1. Januar 1830 an gerechnet zur Hut und Weide wieder liegen zu lassen, und alsdann die Bitte, die Beklagte anzuhalten, die dem Kläger versprochene und schuldige jährliche Entschädigung von 2 Thlr. 12 ggr. Gold von 20 Jahren mit 50 Thlr. Gold sammt Verzugszinsen zu 5 pr. Cent. vom jedesmaligen Verfalltage der einzelnen EntschädigungsQuoten an gerechnet, zu bezahlen.

A. Was zunächst das Verlangen des Klägers und Supplicanten betrifft, dass die beklagte

Gemeinde angehalten werde, die umgebrochenen Theile der fraglichen Weidefläche, vom 1. Januar 1830 an gerechnet, zur Hut und Weide wieder liegen zu lassen, so hat die beklagte Gemeinde nicht in Abrede gestellt, dass dem Kläger die Schäfereigerechtigkeit auf der Feldmark der Beklagten zustehe, so wie dass der fragliche Anger einen Theil dieser Feldmark bilde und als solcher früher ebenfalls der Hu'- und Weidegerechtigkeit des Klägers unterworfen gewesen sey. Allein die Beklagte opponirt dem Kläger in dieser Hinsicht *die Einrede der Verjährung*, behauptend, dass der während eines 20 jährigen Zeitraumes bis jetzt ununterbrochen fortbestandene Zustand das Recht des Klägers vernichtet, und für sie, die beklagte Gemeinde, das Recht begründet habe, auf das Fortbestehen des jetzigen Zustandes zu dringen. Da demnach die Beklagte ihre Bitte um Abweisung dieses Theiles des klägerischen Petitum lediglich auf die Einrede der Verjährung stützt, selbst aber über den Sinn und die Bedeutung dieser Einrede keine sichere und bestimmte Ansicht zu begründen vermocht hat; so wird eine genauere Beurtheilung dieser Einrede vor allem erforderlich. In dieser Beziehung ist nun aber insbesondere Folgendes zu bemerken:

1. Da nur ein *zehn*- und *zwanzigjähriger*, kein *dreissigjähriger* Zeitraum gegenwärtig in Frage steht, so ist die vorgeschützte Einrede der Verjährung nicht auf die *dreissigjährige Klagenverjährung*, die *Praescriptio longissimi temporis*, zu beziehen, und demnach das Klagerecht des Klägers in Betreff der Restitution der Weide an sich nicht in Abrede gestellt.

2. Dagegen möchte die vorgeschützte Einrede der Verjährung zunächst auf den Verlust der WeideServitut in Betreff des fraglichen Anger Districtes *durch non usus* bezogen werden können. In dieser Hinsicht ist nun aber nicht zu übersehen, dass hier eine *Prädial Servitut* in Frage steht, da Weidegerechtigkeiten über Dorffeldmarken den Guts- oder Gerichtsherrn in Deutschland selten oder niemals für ihre Person, sondern für ihr Gut zustehen, und eine Ausnahme von dieser Regel von der beklagten Gemeinde nicht behauptet worden ist. In Betreff solcher *Prädial Servituten* gilt aber nach gemeinem Rechte der Grundsatz, dass schon der theilweise Gebrauch das ganze Recht gegen jede Verjährung durch Nichtgebrauch schützt. — Das Römische Recht betrachtet nämlich, wie aus der genauen Erwägung der hier in Betracht kommenden Gesetzesstellen deutlich erhellt, den Eigenthümer des Praedium serviens in der Regel als ipso jure sich in conditione usucapiendi libertatem befindend, und erfordert von Seiten des ServitutBerechtigten daher eine *Unterbrechung* oder *Usurpatio* dieser Ersitzung durch den wirklichen Gebrauch der Servitut. Nirgends wird nun aber gesagt, dass bei PrädialServituten zu dem Ende ein vollständiger Gebrauch der Servitut *ihrem ganzen Umfange* nach erforderlich sey. Vielmehr behaupten die Römischen Gesetze ausdrücklich das Gegentheil. So besagt

l. 8. §. 1. D. 8, 6. *Quemadmodum servitutes amittantur:*

„Is, qui *per partem* itineris it, *totum jus usurpare* videtur.“

l. 9. D. e. t.

„Aqua, si in partem aquagii influxit, etiamsi

non ad ultima loca pervenit, *omnibus tamen partibus usurpantur.*"

Justinian, indem er die Bestimmung über den 10 und 20jährigen Nichtgebrauch auch auf die PrädialServituten ausdehnt, knüpft auch nur ganz allgemein an den Non usus den Verlust der Servitut.

l. 13. C. 3, 34. *De servitutibus:*

„Ita et in ceteris servitutibus obtinendum esse censuimus, *ut omnes servitutes non utendo amittantur*, non biennio — sed decennio. etc."

Offenbar fällt aber ein *theilweiser Gebrauch* nicht unter den Begriff des *Nichtgebrauches,* und wollte Justinian seine Bestimmung auch hierauf ausgedehnt wissen, so hätte er dieses um so mehr besonders aussprechen müssen, als eine solche Disposition hinsichtlich der PersonalServituten bestand, (z. B. l. 25. D. Quib. mod. ususfr. amittitur.); in Betreff der PrädialServituten die obigen Pandecten Stellen aber grade zu das Gegentheil behaupteten. — Zwar wird von einigen Rechtslehrern Bezug genommen auf andere PandectenStellen, welche die Möglichkeit einer Theilbarkeit der Prädial Servituten nachweisen, und damit zugleich den Grundsatz aufstellen, dass durch theilweisen Gebrauch die ganze Servitut nicht immer aufrecht erhalten werde. So beruft sich

Kori, über die Theilbarkeit der Servituten in *Elvers* Themis, B. 1. H. 3. No. 18.

namentlich auf

l. 6. §. 1. D. 8, 6. *Quemadmodum servitutes amittantur.*

Allein diese Stellen gehen auf einen besondern hier nicht eintretenden Fall, nämlich darauf,

dass das Praedium serviens nach geschehener ServitutenBestellung *reell* getheilt wird und demnach in mehrere Praedia zerfällt. Da nun das Römische Recht annimmt, dass hier in der Regel die Sache so angesehen werden soll, als wenn gleich von Anfang an mehrere Grundstücke vorhanden gewesen wären, so wird die Eine Servitut auch in mehrere von einander unabhängige aufgelöst und der Gebrauch der Einen kann daher die Andere nicht conserviren.

l. 6. §. 1. cit.

„Si divisus est fundus inter socios *regionibus,* quod ad servituten attinet, quae ei fundo debebatur, perinde est *atque si ab initio duobus fundis debita sit, et sibi quisque dominorum usurpat servitutem, sibi non utendo deperdit,* nec amplius in ea re causae eorum fundorum miscentur.“

Wo aber eine solche reelle Theilung des Grundstückes in mehrere, verschiedenen Eigenthümern zugehörige nicht vorliegt, oder wo von Anfang an die Servitut auf einen bestimmten Theil des Fundus gelegt ward und die Einheit der Servitut durch eine, diesen Theil berührende reelle Theilung des Fundus nicht aufgehoben wird, da bringt eben diese Einheit der Praedial Servitut nach denselben Gesetzesstellen es mit sich, dass durch einen theilweisen Gebrauch das ganze Recht als ein untheilbares erhalten wird.

l. 6. §. 1. cit.

„Si vero per latitudinem viae fundus divisus est — *tunc manet idem jus servitutis, quod fundo indiviso fuerat, nec aut usu detineri, aut non utendo deperire, nisi tota via poterit, — quoniam unum, atque eo modo individuum viae jus est* — — —

quoniam ante satius fuerat per alteram partem ire agere, ut idem jus ei in altera parte fundi retineretur."

Zwar behauptet *Kori* (a. a. O.), dass alle diese Bestimmungen lediglich nur auf Wege- und Wassergerechtigkeiten gingen, indem nur diese solche wären, „quae *natura* divisionem non recipiunt." (L. 2. §. 1. D. 45, 1. *De V. O.*; l. 6. D. 8, 1. *De servitutibus* etc.) Allein die l. 72. pr. D. 45, 1. *De V. O.* sagt ganz allgemein:

„Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae, itineris, actus, aquaeductus, *ceterarumque servitutum*;"

welches allgemeine, dem bekannten Römischen Sprachgebrauche zufolge nur auf die Praedial-Servituten, als die eigentlichen *Servitutes* (D. 8. 1.) zu beziehende Zeugniss über die Untheilbarkeit keineswegs von *Kori* genügend hat entkräftet werden können; abgesehen auch von den übrigen, dieses Zeugniss unterstützenden oben angedeuteten Gründen.

Demnach muss es durchaus als feststehend betrachtet werden, dass, da die Praedial Servituten an sich untheilbar sind, so lange eine reelle Theilung des dienenden Grundstücks nicht vorliegt, schon durch den theilweisen Gebrauch gegen die Ersitzung der Freiheit von Seiten des Eigenthümers des dienenden Grundstücks die erforderliche Unterbrechung oder *Usurpatio* begründet und somit die ganze Servitut conservirt wird. — Im vorliegenden Falle aber hat, ungeachtet der geschehenen Einhägung des streitigen Ackerstückes, eine juristisch in Betracht kommende reelle Theilung des dienenden Grundstückes nicht stattgefunden, da die gesammte

Feldmark fortwährend dieselbe Eigenthümerin, die beklagte Gemeinde, behalten hat. Es ist daher auch die *Unitas servitutis* hier durch nichts gestört, und in Folge derselben diese einige, auf den ganzen Umfang des Fundus gerichtete Weide Servitut durch theilweise Ausübung an sich *ganz* erhalten worden, und eine Einrede der Verjährung in dieser Beziehung nicht begründet.

3. Allein wenigstens als *Usucapio libertatis* möchte die von der beklagten Gemeinde vorgeschützte *Verjährung* anscheinend sich rechtfertigen lassen. Es entsteht hier nämlich die Frage: Kann der theilweise Nichtgebrauch einer Praedial Servitut nicht dann einen theilweisen Untergang zur Folge haben, wenn der Verpflichtete seiner Seits in Beziehung auf einen Theil des Praedium serviens positiv zur Begründung einer Usucapio libertatis mitgewirkt hat? — Allein auch diese Frage ist bei näherer Erwägung durchaus zu verneinen. — Es ist schon oben bemerkt worden, und geht aus den angezogenen Stellen hervor, dass die Römischen Juristen jeden Gebrauch der Praedial Servituten als eine *Usurpatio* ansahen, was nothwendig die Ansicht voraussetzt, dass der Eigenthümer des Praedium serviens sich schon an und für sich in einer Art von Conditio usucapiendi libertatem befinde, welche durch den Gebrauch der Servitut gestört werde, nach der Bestimmung der

l. 2. *D.* 41, 3. *De usurpat. et usucap.*:
„Usurpatio est usucapionis interruptio.“

Dennoch unterscheidet bekanntlich das Römische Recht zwischen Verlust der Servituten durch blossen Non usus und durch Usucapio libertatis, und lässt jenen bei den Jura praedio-

rum rusticorum, diesen bei den Jura praediorum urbanorum eintreten, welcher Unterschied sich aber unstreitig darauf gründet, dass bei den Letztern in der Regel schon in der Fortdauer des, gemäss der Servitut bestehenden Zustandes des Praedium serviens ein Gebrauch der Servitut und also eine Usurpatio enthalten war, diese daher von Seiten des s. g. Servienten dadurch entfernt werden musste, dass durch Vornahme von Veränderungen die ursprüngliche Libertas praedii factisch wieder hergestellt würde.

L. 6. D. 8, 2. De Servit. praedior urbanorum: „Haec autem jura similiter, ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore *non utendo* pereunt; nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo: sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat; veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixas habuero vel obstruxero, ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris, alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem.“

S. a. l. 4, §. 29. D. 41, 3. *De usurpat. et usucap.*

Diese Gesetzstellen mit den obigen über die im Gebrauch der Servituten enthaltene Usurpatio zusammen gehalten, ergeben, dass beim Verlust der Servituten durch Nichtgebrauch *stets eine Usucapio libertatis* stattfand, diese auch bei Jura praediorum *rusticorum* ipso jure durch den Ablauf der UsucapionsZeit eintrat, sobald nicht durch den Gebrauch der Sevitut eine Usurpatio eingetreten war, dass aber bei den Jura

praediorum *urbanorum* diese Conditio usucapiendi durch Veränderungen des factischen Zustandes, in dessen Fortdauer schon ein Gebrauch der Servitut enthalten war, besonders herbeigeführt werden musste; daher der *Non usus* hier nur dann rechtlich in Betracht kam, *„si vicinus simul libertatem usucapiat.“* Von einer anderen Usucapio libertatis bei den Servituten, namentlich bei den Servitutes praediorum *rusticorum*, ist nirgends im Römischen Rechte die Rede, und konnte auch nach Obigem nicht wohl die Rede seyn. Denn was bei den Jura praediorum urbanorum erst besonders herbeigeführt werden musste, die Conditio usucapiendi libertatem, war bei den Jura praediorum rusticorum schon ipso jure vorhanden und konnte nicht durch Vornahme anderweitiger Handlungen noch gesteigert werden, die dagegen aber auch nicht die Bedeutung des, wenn auch nur theilweisen Gebrauches der Servitut als einer Usurpatio auszuschliessen vermochten. — Es würde daher die Annahme einer besondern Usucapio libertatis bei Jura praediorum rusticorum rein willkührlich seyn und nicht nur *nicht* auf besonderen Gesetzesstellen beruhen, sondern den vorhandenen Gesetzesstellen, so wie der ganzen Natur des Sachverhältnisses widerstreiten. Hiernach kann es nun auch keinem Zweifel unterliegen, dass die obige Grundregel, wornach bei PrädialServituten ein theilweiser Gebrauch schon die Bedeutung einer Usurpatio hat und die ganze Servitut conservirt, nicht in so fern eine Ausnahme erleiden kann, dass ein Theil eines Praedium rusticum durch Usucapio libertatis von der Servitut liberirt werden, der andere Theil ihr unterworfen bleiben könnte. Der theilweise Gebrauch hat einmal die

gesetzliche Bedeutung einer vollständigen *Usurpatio*; bei Jura praediorum rusticorum kann daher weder im Ganzen, noch im Einzelnen von einer besondern Usucapio libertatis in der Art die Rede seyn, dass der seitherige *factische* Zustand des Praedium serviens geändert werden müsste, da dieser für die *auf einzelne Handlungen* gerichtete Servitut nicht wesentlich in Betracht kommt. Das Recht der Servitut ist, so lange eine reelle Theilung des Grundstücks nicht statt gefunden hat, ein *auf den ganzen Umfang* desselben gerichtetes *einiges, untheilbares Recht*; was um so weniger durch einseitige Handlungen des sog. Servienten verletzt werden kann, als der Dominant, sich auf das gesetzliche Recht der Usurpation durch theilweisen Gebrauch stützend, um die Handlungen des Gegners sich nicht weiter zu bekümmern braucht. — Demnach ist in Beziehung auf den vorliegenden Fall zu behaupten, dass die Einrede der Verjährung auch in so fern unzulässig ist, als die beklagte Gemeinde etwa eine, die theilweise Beschränkung der Servitut bewirkende Usucapio libertatis für sich hat geltend machen wollen.

Somit kann es nun aber auch keinem fernern Zweifel unterliegen, dass der auf Restitution der Weide gerichtete Theil des klägerischen Petitum vollkommen zu Recht begründet ist und daher in dieser Hinsicht nicht anders, als geschehen, hat erkannt werden können.

B. Wenden wir uns aber nunmehr zu dem, die Entschädigungssumme betreffenden Theil der klägerischen Bitte, so ist freilich

1. nicht in Abrede zu stellen, dass dieser Entschädigungsanspruch jetzt allein aus dem, angeblich im J. 1808 oder 1809 vom Kläger mit

dem GemeindeMaire *Voss* und dem CantonMaire *Rode*, Namens der beklagten Gemeinde *Echte*, geschlossenen Contracte zu beurtheilen ist, indem Kläger hierauf allein seinen Anspruch gegründet; von einer *Schadloshaltung wegen widerrechtlicher Störung in der Ausübung des Weiderechtes* demnach nicht die Rede seyn kann, zumal Kläger selbst nur eine contractmässige freiwillige Nichtausübung von seiner Seite, keine Störung von gegnerischer Seite behauptet.

2. Den angezogenen Contract aber betreffend, so führt Kläger an, dass derselbe von dem damaligen *Gemeinde Maire* und dem *Canton-Maire* abgeschlossen sey, ohne die Concurrenz irgend einer andern Behörde bestimmt zu behaupten. — In dem *Kgl. Westphälischen Decrete vom* 11. *Januar* 1808, die *Verwaltungsordnung*, oder das *Reglement sur l'ordre administratif* enthaltend, (Cf. *Westphälischer Moniteur*, v. J. 1808, insbes. N. 12.) heisst es nun aber im 3ten Titel hinsichtlich des GemeindeMaire:

Art. 27. „In Gemässheit des Artikels 37. der Constitution soll jede Municipalität von einem *Maire* und von *Adjuncten* verwaltet werden. Für jede derselben soll ein *MunicipalRath* seyn."

Art. 29. „Die Verwaltung in jeder Municipalität kommt dem Maire allein zu."

Art. 30. „Die den Maires unter der Inspection und Aufsicht des Präfecten und Unter Präfecten zukommenden Amtsverrichtungen bestehen in Folgendem:

1. die gemeinheitlichen Besitzungen und Einkünfte der Städte, Flekken und Dörfer zu verwalten;

2. diejenigen Ausgaben zu bestreiten, welche bis zum Belauf des von den Präfecten hierzu festgesetzten Etats aus den Gemeingeldern bezahlt werden müssen. Etc.“ —

Es fragt sich nun, ob aus diesen gesetzlichen Bestimmungen erhellt, dass der Gemeinde-Maire *Voss* befugt war, Namens der Gemeinde *Echte* und für dieselbe den fraglichen Contract auf eine rechtsbeständige Weise abzuschliessen? Zunächst ist zu bemerken, dass von einer Befragung und Anerkennung von Seiten der beklagten Gemeinde selbst, wie diese in ihrer Exceptions-Schrift behauptet, nicht die Rede seyn konnte; da nach Französich-Westphälischem Rechte die Gemeinden als solche absolut handlungsunfähig waren und allein durch die Staats- und Gemeinde-Beamten vertreten wurden; weshalb denn auch weder in der Grundverfassungsurkunde des Königreichs Westphalen,

Cf. Westphälischer Moniteur, 1ster Jahrgang (1808), N. 1.

noch in der angezogenen Verwaltungsordnung vom 11. Januar 1808, noch in irgend einem andern Kgl. Westphälischen Gesetze der Gemeindeversammlungen und ihrer Theilnahme an der Verwaltung der Gemeindeangelegenheiten je gedacht wird. — Es kann demnach nur die anderweitige Behauptung der beklagten Gemeinde, dass der fragliche Contract wegen Mangels der gesetzmäsigen Theilnahme des Präfecten und des MunicipalRathes unverbindlich sey, irgend in Betracht kommen. Was den *Praefecten* betrifft, so heisst es rücksichtlich desselben in dem angezogenen

Gesetze vom 11. *Januar* 1808, *Tit.* 1. *Art.* 4:

„Die Praefecten sind unter Unserer Auctorität und Aufsicht, als Oberhaupt der Nation und Verwaltung des Königreiches, *mit allen Zweigen dieser Verwaltung* und namentlich mit jenen beauftragt, welche Bezug haben: — —

2. auf die Handhabung und Verwendung der in jedem Departemente zur Aufrechthaltung des Ackerbaues — — bestimmten Fonds; — —
5. auf die Erhaltung des öffentlichen Eigenthums (à la conservation des propriétés publiques);
6. auf die Erhaltung (à la direction et confection) der Wälder, Wege, Flüsse, und anderer gemeinheitlicher Gegenstände (et autres choses communes).“ — —

Tit. I, Art. 14*:* „(Der GeneralDepartements-Rath) kann in keinem Falle und unter keinem Vorwande VerwaltungsActe machen, *welche ausschliesslich dem Praefecten zustehen.*“

Tit. II, Art. 17*:* „Die UnterPraefecten haben in dem Umfange ihrer Districte unter der Auctorität der Präfecten an den Amtsverrichtungen Theil zu nehmen, welche Letzteren in Gemässheit obiger Artikel zustehen.“

Tit. II, Art. 18*:* „Da sie die Mittelspersonen sind, durch welche die Correspondenz zwischen dem Praefecten und den Municipalitäten geführt wird, so haben dieselben die Gesuche der Municipalität Ersterem zu übersenden, und Letzteren die Entscheidungen und Beschlüsse der Praefecten zu-

zufertigen; sie haben über jeden Gegenstand ihr Gutachten beizufügen, und alle ihnen abgeforderte berichtliche Erläuterungen zu liefern."

Tit. III, Art. 37:

„(*Der Municipal Rath*) soll die Rechnung über die Municipal Einnahmen und Ausgaben, welche der Maire dem Unter Praefecten, der sie definitiv abschliesst (qui arrêtera définitivement), abzulegen hat, abhören, und berechtigt seyn, darüber Monita zu machen."

Art. 39: „Der Municipal Rath berathschlagt über die Art und Weise, wie die gemeinschaftlichen Holzschläge, Weiden, Erndte- und sonstigen Früchte vertheilt werden sollen."

Art. 40: „Desgleichen über die besondern Ortsbedürfnisse der Municipalität."

Art. 41: „Desgleichen über die Anleihen, Octrois, und Zulage Centimen, die zur Bestreitung ihrer Bedürfnisse für nöthig befunden worden."

Art. 43: „Er kann im Laufe des Jahres auf Befehl des Praefecten ausserordentlich zusammenberufen werden. Diess muss nothwendig geschehen, wenn es darauf ankommt, über Erwerbungen oder Veräusserungen unbeweglicher Güter — — zu berathschlagen."

Art. 44: „Alle Berathschlagungen, um derentwillen die Zusammenberufung des Municipal Rathes nöthig ist, können nur in Gefolge einer vom Präfecten auf das Gutachten des Unter Praefecten ertheilten Auctorisation in Vollziehung gesetzt werden."

Endlich ist in Betreff des CantonMaire noch zu bemerken, dass von einem solchen weder in diesem Verwaltungsgrundgesetze, noch in einem andern Kgl. Westphälischen Gesetze aus den J. 1808 und 1809 nach Ausweisung des *Moniteur* irgend die Rede ist. Vielmehr erscheinen die Cantons nur als Unterabtheilungen der Districte für einzelne Zweige der StaatsVerwaltung, namentlich für das Steuer- und JustizWesen. In letzterer Hinsicht heisst es in dem

Kgl. Westphäl. Decrete vom 27. *Januar,* 1808, *über die Verfassung der Gerichtshöfe, Tit.* 6, *Art.* 1.: (*im Westphäl. Moniteur*, 1808, N. 19. u. s. f. bes. N. 20):

„Die der Constitution gemäss in jedem *Canton* einzurichtenden Friedensgerichte bestehen aus einem *Friedensrichter*, zweien Gehülfen, und einem Secretair.

Art. 2: „Der Friedensrichter *erkennt* etc.“ —

Von einer Theilnahme des Friedensrichters an Gegenständen der gewöhnlichen Verwaltung ist nirgends die Rede; was insofern zu beachten ist, als der in den Acten genannte Maire *Rode* des *Canton Westerhof*, unter dessen Mitwirkung der GemeindeMaire *Voss* den fraglichen Contract abgeschlossen haben soll, allen Umständen nach zu schliessen, der *Friedensrichter* des Canton war.

Wenn man nun diese zuletzt angezogenen Stellen der Westphälischen Gesetzgebung mit den obigen, die Befugnisse des GemeindeMaires betreffenden zusammenstellt, so ergibt sich daraus für das vorliegende Rechtsverhältniss offenbar Folgendes:

a. Dem GemeindeMaire stand es, kraft seines ausschliesslichen Verwaltungsrechtes in Be-

treff der Municipalität zu, die Interessen der Gemeinde hinsichtlich des fraglichen WeideDistricts und der Verwandlung desselben in Gartenland wahrzunehmen. Er konnte zu dem Ende mit dem Kläger, als dem Weideberechtigten, in Unterhandlungen treten, und den Abschluss eines Contractes der Municipalität mit demselben vorbereiten.

b. Da jedoch dem MunicipalRath nach Art. 39. die Berathschlagung über die Art und Weise der Vertheilung und also der Benutzung der Weide zustand, so konnte der Gemeinde-Maire, hier, wo es sich wesentlich um eine Veränderung in der Benutzung des WeideDistrictes handelte, nicht einseitig ohne vorhergenommene Rücksprache mit dem MunicipalRathe verfahren, zumal Art. 40. ausdrücklich eine solche selbst in Beziehung auf die besonderen *Ortsbedürfnisse* vorschreibt, die doch, insofern von Gewinnung von *Gartenland* für die Gemeinde die Rede war, wesentlich in Frage standen; auch nach Art. 43. eine Zusammenberufung des MunicipalRathes nothwendig wird, um *über Erwerbungen unbeweglicher Güter* zu berathschlagen, denen analog der vorliegende Fall der Erwerbung von Gartenland aus dem seitherigen WeideDistrict zu beurtheilen war.

c. Da ein oneröser Contract und eine jährliche GeldPrästation von 2½ Rthlr. Gold vorlag, nach Art. 41. aber der MunicipalRath berathschlagen soll über die Anleihen, Octrois und ZulageCentimen, die zur Bestreitung der MunicipalitätsBedürfnisse für nöthig befunden werden, so musste derselbe auch darüber zuvor vernommen werden, ob hier ein MunicipalBedürfniss

vorhanden und wie dasselbe zu bestreiten sey, was bei der jährlich wiederkehrenden Praestation um so nothwendiger war.

d. Insofern aber ein bereits vorhandener Fonds, aus dem fortwährend diese zu übernehmende jährliche Geldzahlung hätte bestritten werden können, in Frage gestanden hätte, so dass eine Concurrenz des Municipal Rathes aus diesem Grunde als nicht wesentlich erforderlich hätte erscheinen können, so wäre die Entscheidung des *Präfecten* erforderlich gewesen, da diesem nach *Tit.* 1, *Art.* 4. die Handhabung und Verwendung der in jedem Departemente zur Aufrechterhaltung des Ackerbaues bestimmten Fonds zustanden. Der Maire hätte sich demnach durch den Unter Praefecten an den Praefecten wenden müssen, um durch diesen die Entscheidung und Beschlussnahme des Präfecten zugefertigt zu erhalten, bevor er in seiner öffentlichen Eigenschaft als GemeindeMaire hätte weiter fortschreiten und den fraglichen Contract abschliessen dürfen.

e. Allein auch abgesehen von diesem besondern Falle der Concurrenz des Praefecten und Unter Praefecten, war eine solche, sobald aus dem Obigen die Berathungsbefugniss des Municipal Rathes unzweifelhaft erhellt, um deswillen begründet, weil Art. 44. ausdrüklich vorschreibt, dass alle Berathschlagungen, um derenwillen die Zusammenberufung des MunicipalRathes nöthig sey, *nur in Gefolge einer vom Praefecten auf das Gutachten des UnterPraefecten ertheilten Auctorisation in Vollziehung gesetzt werden könnten;* so dass der Gemeinde-Maire ohne eine derartige Auctorisation also auch

nicht befugt war, den fraglichen Contract abzuschliessen.

f. Die Concurrenz des s. g. *CantonMaire* bei der Abschliessung des fraglichen Contracts ist ein durchaus bedeutungsloser Umstand, da dieser weder den Praefecten noch UnterPraefecten vertrat, und — selbst wenn wir in ihm den Friedensrichter des Cantons annehmen wollen — zur Mitwirkung bei einem solchen aussergerichtlichen Acte durch kein Gesetz berechtigt oder verpflichtet war.

g. Es kann auch der Umstand nicht entscheidend seyn, dass es sich nur von einer jährlichen Praestation von $2\frac{1}{2}$ Rthlr. Gold handelte, da keine gesetzliche Bestimmung dem Maire ohne weiteres alle geringfügigen Sachen zur alleinigen Abschliessung überweist, der Begriff der Geringfügigkeit auch zu unbestimmt und schwankend ist, und für eine Landgemeinde eine *jährlich wiederkehrende* Ausgabe dieser Grösse auch nicht unbedingt und unzweifelhaft als geringfügig anzusehen ist.

h. Endlich kann auf die spätere Königl. Hannöversche Gesetzgebung hier keine Rücksicht genommen werden, da die angezogene Königl. Westphälische Verordnung hier allerdings mehr, als die blosse Form des Geschäfts betrifft, nur diese aber in der transitorischen Gesetzgebung berücksichtigt ist.

Cf. *Bergmann*, das Verbot rückwirkender Kraft neuer Gesetze im PrivatRechte. S. 515.

Unter solchen Verhältnissen kann es nun nicht zweifelhaft seyn, dass, insofern Kläger den GemeindeMaire *Voss* als zur Abschliessung des Contractes legitimirt und bevollmächtigt angese-

hen wissen will, er beweisen muss, dass gedachter Maire *den damals bestandenen Gesetzen Genüge geleistet*, und daher entweder nach vorhergegangener Berathung mit dem Municipal-Rathe und erhaltener Auctorisation des Präfecten gehandelt, oder doch eine derartige Ratihabition später vor dem Aufhören des Westphälischen Staates erwirkt habe. Dieserhalb ist denn auch von uns auf einen solchen Beweis erkannt, und der erforderlichen Bestimmtheit des BeweisThemas wegen mit einer nähern Declaration das erste Erkenntniss in dieser Hinsicht bestätigt worden.

3. Jedoch ist dieser Beweis dem Kläger nur *alternativ* auferlegt worden, und ihm freigelassen, statt dessen auch zu beweisen, dass *die beklagte Gemeinde* den von ihm, Kläger, mit dem GemeindeMaire *Voss* geschlossenen Vertrag vollständig, d. i. nach allen seinen wesentlichen Theilen gekannt und früher oder später sich zu Nutze gemacht, und somit anerkannt und bestätigt habe. Zu dieser alternativen Bestimmung des BeweisThemas sind wir durch folgende Gründe veranlasst worden:

a. Wenn gleich die beklagte Gemeinde kraft der Westphälischen Gesetzgebung derjenigen rechtlichen Selbstständigkeit entbehrte, welche ihr als solcher irgend einen Willensbeschluss möglich machte, von einer Ratihabition des vom Maire Voss geschlossenen Vertrages daher von ihrer Seite während der Dauer der Westphälischen Gesetzgebung nicht die Rede seyn konnte; so hebt dieses jedoch nicht die rechtliche Möglichkeit auf, dass die beklagte Gemeinde, wie sie mit der Wiederkehr der ältern Hannöverischen Rechtsverfassung auch ihre frühere Selbstständigkeit wieder erlangte, von dem für sie vom ehe-

maligen GemeindeMaire *Voss* geschlossenen Vertrage mit dem Kläger Kunde nahm, und früher oder später denselben namentlich dadurch genehmigte und bestägte, dass sie die ihr darin stipulirten Rechte und Vortheile sich zu Nutze machte.

b. Obschon nach gemeinem Rechte eine GemeindeObrigkeit, sobald sie, auch ohne bestimmten Auftrag, Geschäfte zu Nutz und Frommen der Gemeinde geschlossen hat, dieselbe obligirt, so dass der Dritte, ohne alle Rücksicht auf ausdrückliche oder stillschweigende Ratihabition von Seiten derselben, gegen sie klagen kann; so darf doch dieser Grundsatz des gemeinen Rechts hier nicht angewandt werden. Denn war gleich der MunicipalMaire *Voss* zur Zeit der Contrahirung der gesetzlich fungirende Beamte in der Gemeinde, so konnten doch damals und können hinterher auch noch jetzt seine rechtlichen Befugnisse als Beamter allein nach Französisch-Westphälischem, nicht nach gemeinem Römischen und Deutschen Rechte beurtheilt werden; abgesehen auch von dem Zweifel, ob der Maire der Municipalität, welcher von Staatswegen ernannt wird, wirklich als Gemeindebeamter im gemeinrechtlichen Sinne zu betrachten ist. Demnach kann, insofern von einer erst nach der Westphälischen Zeit eingetretenen Gültigkeit des fraglichen Vertrages die Rede seyn soll, der ehemalige Westphälische GemeindeMaire nicht mehr als solcher in Betracht kommen, sondern steht jedem andern Einwohner uud Gemeindegliede, der einen solchen Vertrag abgeschlossen hätte, gleich. Dasselbe würde natürlich auch von dem ehemaligen CantonMaire *Rode*, insofern auf diesen überall eine Rücksicht zu nehmen seyn möchte, gelten.

c. Wenn nun aber ein Gemeindeglied ohne Auftrag für die Gemeinde einen onerosen Vertrag zu ihren Gunsten und für ihre Rechnung mit einem Dritten schliesst, so kann dieser Dritte daraus wohl ein Klagerecht gegen den Contrahenten, allein an und für sich nicht gegen die Gemeinde selbst erwerben, es sey denn, dass der Mangel des Mandats durch Ratihabition hinterher gehoben wird. Eine Ratihabition kann nun aber nicht bloss durch ausdrückliche Erklärung und Gutheissung gegen den dritten Contrahenten, sondern auch stillschweigend durch Facta concludentia geschehen. Solche sind aber vorhanden, sobald erwiesen die Gemeinde den in ihrem Namen geschlossenen onerosen Vertrag kannte und sich der ihr darin ausbedungenen Rechte und Vortheile bedient und sich so den Vertrag zu Nutzen gemacht hat. Nur auf diesen letzten Umstand hat in Betreff des vorliegenden Falles das Beweis Thema gerichtet werden können; da eine ausdrückliche Genehmigung des Vertrages von Seiten der Gemeinde vom Kläger nicht behauptet worden ist, wohl aber, dass sie den Vertrag gekannt und sich zu Nutzen gemacht habe.

d. Dabei mögte nun der Zweifel entstehen, ob ein solcher Beweis überall noch aufzulegen und das zu Erweisende nicht als bereits erwiesen zu betrachten sey, woraus denn die sofortige Verurtheilung der Beklagten erfolgen müsste. Allein obschon die beklagte Gemeinde actenkundig sich weigert, das fragliche Land wieder zur Weide liegen zu lassen und also den Vortheil hinsichtlich des Gartenlandes fortgeniessen will; so räumt sie doch darum keinesweges das Daseyn des Vertrages weder überhaupt, noch in der an-

gegebenen Weise ein, gibt auch nicht zu, dass die Umwandlung der Weide in Gartenland in Folge des Vertrages geschehen sey, dass sie also dessen Vortheile geniese und, weil sie diese nicht aufzugeben gedenke, den Vertrag selbst anerkenne. Daher jene Momente wohl bei der etwanigen dereinstigen Beweisführung benutzt werden können, nicht aber diese selbst überflüssig machen. —

Demnach kann es keinem gerechten Zweifel unterliegen, sowohl, dass dem BeweisThema alternativ noch dieser zweite Theil hinzuzufügen war, als auch, dass derselbe nur in der vorstehenden Weise gefasst werden konnte. —

4. Was annoch die Verwerfung der anderweitigen Einreden der Beklagten betrifft, so erscheint dieselbe

a. zunächst hinsichtlich *der Einrede des gänzlichen Ungrundes der Klage* als völlig gerechtfertigt. Denn der vom Kläger angeführte Umstand, dass der GemeindMaire *Voss* den fraglichen Contract geschlossen habe, schliesst noch nicht die Unmöglichkeit aus, dass derselbe in Übereinstimmung mit dem MunicipalRath und mit Genehmigung des Praefecten gehandelt oder diese nachträglich erwirkt habe. Imgleichen liegt in dem ohne dieses an sich unverbindlichen Vertrage noch nicht die Gewissheit, dass die Gemeinde diesen Vertrag nicht später ratihabirt habe, was in der Klagschrift schon insofern stillschweigend behauptet worden ist, als die fortwährende Nutzung des fraglichen Landes von Seiten der Gemeinde als Gartenland nicht in Abrede gestellt wird. — Endlich giebt das nicht bestrittene Grundeigenthum der Gemeinde bei dem anerkannten Daseyn einer WeideServitut

derselben nach bekannten Rechten kein Befugniss zur freien Disposition insofern, als dadurch das Weiderecht verletzt wird. Indem das gemeine Recht hier von einem Jus in re aliena redet, erkennt es auch den Anspruch nicht bloss auf eine persönliche Schadensklage, sondern auf eine, die reelle Restitution und Wiederherstellung des früheren Zustandes bezweckende dingliche Klage an; weshalb derartige Ausstellungen der Beklagten völlig unerfindlich sind. —

b. Die *Einrede der Verletzung und Zuvielforderung* aber ist zunächst schon deshalb völlig gehaltlos, weil die Beklagte den Preis von 2½ Rthlr. jährlicher GeldPraestation nur auf das vom Kläger hinsichtlich der Hut und Weide Aufgeopferte, nicht aber auf das von ihr, der Beklagten, in Folge dieses Vertrages durch die jetzt erst möglich gewordene Einrichtung des Gartenlandes Gewonnene bezogen hat, der Begriff der Laesion sich aber lediglich nach dem Verhältniss dessen bestimmt, was jemand gegen das von ihm Aufgeopferte wieder gewinnt, und niemals von einer bedeutenden Laesion geredet werden kann, wenn jemand, freilich zum geringern Nachtheil des Andern, einen bedeutenden Vortheil gewonnen hat, wie in der Erwerbung von Gartenland regelmässig enthalten ist. Dazu kommt, dass das Französisch-Westphälische Recht, nach welchem doch zunächst die Gültigkeit des fraglichen Vertrages zu beurtheilen ist, ausdrücklich festsetzt, dass die Aufhebung eines Vertrages wegen Verletzung *zum Vortheile des Käufers*, als welcher hier die beklagte Gemeinde immer zu betrachten ist, nicht statt findet.

Napoleons Gesetzbuch. Einzig officielle Ausgabe für das Königreich Westphalen, (Strassburg, 1808,) Artikel 1683.

Ist demnach unter der fremden Herrschaft ein Vertrag als absolut bindend geschlossen worden, so kann nicht erst hinterher aus dem wieder eingeführten gemeinen Rechte ein Grund zur Anfechtung eines bis dahin als unanfechtbar bestandenen Vertrages entnommen werden, da bekanntlich nach einer allgemeinen Rechtsregel Veränderungen in der Gesetzgebung auf die wohl erworbenen Rechte und bestehenden Rechtsverhältnisse ohne ausdrückliche Ausnahmsgesetze keinen Einfluss haben.

6. Was endlich den Kostenpunkt betrifft, so versteht es sich von selbst, dass dieser hinsichtlich der Hauptsache bis nach dem geführten oder nicht geführten Beweise ausgesetzt werden muss. Was hingegen die Kosten der gegenwärtigen Instanz anlangt, so mussten diese, mit Ausschluss der Kosten der Actenversendung, der Billigkeit gemäss unter den obwaltenden Umständen beiden Theilen zu gleichen Theilen aufgelegt werden, während jedoch die Kosten der Actenversendung, um welche Kläger und Supplicant gebeten hat, diesem allein zur Last fallen. — Aus vorstehender Deduction wird nun zur Genüge erhellen, warum von uns überall, wie geschehen, erkannt werden musste.“ —

IX.

Über das Recht der Mühlenanlegung nach gemeinem und nach Mecklenburgischem Rechte.

Aus den Entscheidungsgründen zu einem Erkenntniss der *Rostocker* JuristenFacultät in Sachen der Grossherzogl. Kammer zu Neu Strelitz wider den Mühlenmeister Lehmann wegen Baues einer Windmühle.

Unterm 1sten Juni, 1824 überreichte der Hofrath Rahne zu Neu Strelitz als Procurator der Grossherzogl. Kammer wider den Mühlenmeister Lehmann auf der Krüseliner Mühle dem Amtsgerichte zu Feldberg eine Imploration und Bitte wegen Baues einer neuen Windmühle, des Inhalts:

Implorat habe die Wassermühle zu Krüselin von Grossherzogl. Kammer in Erbpacht. Ohne Consens derselben habe er den Bau einer Windmühle angefangen und ungeachtet des wiederholt an ihn ergangenen Verbotes, den Bau der Windmühle fortgesetzt. Da er seine Rechte nur von Grossherzogl. Kammer ableiten könne, der Grund und Boden ihr eigenthümlich gehöre, und der AssecurationsRevers von 1621, §. 32. ausdrücklich nur der Ritterschaft und den Städten das Recht zusichere, Windmühlen anzulegen, so bitte er, dem Imploraten den völlig unbefugten Bau der neuen Mühle unverzüglich und zwar bei einer sofort executivisch beizutreibenden Strafe von 1000 Thlr. Gold zu untersagen.

Gerichtsseitig ward demzufolge unterm 2. Juni, 1824 der Bau der Windmühle, *insoweit derselbe nicht beendigt*, bei 1000 Thlr. Gold dem Imploraten untersagt.

Implorat widersprach in seinen Exceptionalien zunächst der Behauptung, dass er nur Erbpächter seiner Wassermühle cum pertinentiis sei; vielmehr besitze er diese *erb- und eigenthümlich* und könne sie ihrer besten Gelegenheit nach nutzen, geniessen und gebrauchen. In einer landesherrlichen Bestätigungsurkunde vom 2. October, 1761 heisse es:

„Wir confirmiren und bestätigen vorberegte Mühle zu Krüselin auf den Müller Georg Lehmann dergestalt und also, dass er und seine rechtmässigen Erben und Erbnehmer vorbemeldete Mühle nebst allem Zubehör an Zimmern, Gebäuden, Mahlgästen, Fischerei, Äckern und Gärten, so wie solche seinem Vater vermöge vorbedachten Erbpachtbriefes vom 1. August 1731 versichert worden, ferner *erb- und eigenthümlich besitzen*, auch seiner und ihrer besten Gelegenheit nach nutzen, geniessen und gebrauchen sollen und mögen. — — Im Übrigen bleibt ihm und seinen Erben frei, die Mühle an jemand anders hinwiederum zu überlassen, jedoch muss unserer Kammer, als welcher das Näherrecht in allen Fällen zustehet, solches zuvor angezeigt und der Consens zu dergleichen Alienation gebührend gesucht werden.“

Da er demnach, fährt Implorat fort, die Mühle cum pertinentiis erb- und eigenthümlich besitze, so stünde ihm auch die freie Benutzung seiner Grundstücke, namentlich durch Anlegung einer Windmühle zu. In dem Assecurations-Reverse von 1621 seyen die ältern Streitigkeiten über das Recht der Mühlenanlegung zu Gunsten der Ritter- und Landschaft abgeschnitten; damit

sey aber nicht gesagt, dass ausser dieser kein Anderer ein Recht zu dergleichen Anlagen habe. Auch könne das etwaige Recht des Staates in Betreff des Mühlenbaues keine Ausdehnung auf Windmühlen leiden, die mit dem öffentlichen Eigenthum nicht, wie die Wassermühlen, in Berührung kämen, da die Luftsäule über dem Grund und Boden dem Eigenthümer gehöre. In Mecklenburg existire kein Gesetz, worin dem Privat-Mann die Aufführung einer Windmühle auf seinem Grund und Boden untersagt werde. Auch spräche der angezogene AssecurationsRevers eher dafür, als dagegen, da nicht einzusehen sey, warum das, was der Ritter- und Landschaft zugesichert, nicht auch andern freien Gutsbesitzern zustehen solle. Wolle man auch einstweilen annehmen, dass er seine Grundstücke nur erbpachtsweise besitze, so stände ihm doch die Befugniss zu, eine Windmühle darauf zu erbauen. Denn es seyen ihm die Grundstücke alsdann zur bestmöglichen Benutzung überlassen, wozu die, Niemanden nachtheilige, dagegen Vielen sehr nützliche Erbauung einer Windmühle gehöre. Um nämlich den Bedürfnissen des grossen ZwangsmahlDistrictes zu genügen, hätten in der Wassermühle 4 Gewerke arbeiten müssen; durch die von Grossherzogl. Kammer anbefohlene Senkung des Lucin Sees sey ihm aber so viel Wasser entzogen, dass von den 4 Gewerken kaum noch Ein ordentlich ginge. Dieser Wassermangel habe es ihm unmöglich gemacht, seine Mahlgäste gehörig zu befriedigen; der Bruch des Mahlzwanges und desfallsige gerichtliche Verhandlungen seyen die nothwendige Folge davon gewesen. Um solches zu verhüten, sey er zum Bau der Windmühle veranlasst worden. Er

habe nur Zwangsmahlgäste. Andere Mühlen thäte er keinen Abbruch; was auch für die Grossherzogl. Kammer indifferent wäre. Diese müsste aber mit dem Publicum selbst gleiches Interesse für die Aufführung der Windmühle haben. Viel weniger könne von irgend einem für sie hieraus erwachsenden Schaden die Rede seyn. Wenn nun aber dieser Bau ihm nütze, der Grossherzogl. Kammer nicht schade, so läge darin ebenfalls nach bekannten Rechtsgrundsätzen seine Befugniss zur Vornahme desselben. — Implorat bat schliesslich um Wiederaufhebung des PönalMandates und Abweisung des Imploranten.

Erst nach 9 Jahren, nämlich unterm 10. August, 1833, reichte Implorant seine Replik ein, in welcher er die Pflicht des Imploraten zur Nachsuchung der Concession Grossherzogl. Kammer für den Mühlenbau besonders aus dem MühlenRegale, sowie aus dem Rechte der polizeilichen Aufsicht über das Mühlengewerbe abzuleiten suchte; dem Implorat in seiner Duplik widersprach.

Durch das hierauf unterm 7. April, 1834 abgegebene, Namens des Grossherzogl. Amtsgerichtes zu Feldberg abgefasste Erkenntniss der Juristenfacultät zu *Rostock* ward der, unterm 2. Juni, 1825 erlassene Strafbefehl aufgehoben, Implorant mit seiner unzulässigen Imploration ab- und zur Ruhe verwiesen, auch verurtheilt, dem Imploraten, ausser den ProcessKosten, alle anderweitigen Schäden und Kosten zu ersetzen, welche demselben aus der widerrechtlichen Imploration vom Tage des ausgewirkten PönalMandates an, bis anhero, erweislich erwachsen seyen. —

Folgende, vom Herausgeber ausgearbeiteten Entscheidungsgründe wurden dem Erkenntnisse beigefügt:

I. Die Hauptsache selbst betreffend, so frägt sich zunächst:

A. Ob Implorant ein *besonderes Landesrecht* nachzuweisen vermocht hat, wornach Implorat beim Bau seiner Windmühle verpflichtet war, zuvor den Consens Grossherzogl. Kammer einzuholen? Diese Frage muss durchaus verneint werden. Denn wenn Implorant sich

1) auf den *AssecurationsRevers vom* 23. *Februar*, 1621 beruft, wo es §. XXXII. heisst:

„So lassen wir auch zum zwei und dreissigsten geschehen, dass die von der Ritterschaft und Städten auf ihrem unstreitigen Grund und Boden, da einer dem andern an Wasser und Wind keinen Schaden zufüget, und die Unterthanen auf gewissen Mühlen zu mahlen, nicht verbunden seyn, unbehindert Mühlen bauen mögen;“

so zeugt diese Bestimmung mehr dafür, dass in Mecklenburg *nicht*, wie in verschiedenen anderen Ländern, das Recht des Mühlenbaues ein dem Landesherrn zustehendes Regale und die Erbauung einer neuen Mühle von seiner Genehmigung wesentlich abhängig sey. — Erwägt man nämlich, wie grade im 16ten und 17ten Jahrhundert die Ansicht vom *Wasser-Regal* sich ausbildete, und demzufolge, da Mühlen als Hauptnutzungen galten, in manchen Ländern die Meinung von einem *Mühlen Regal* entstand;

Cf. *Mittermaier*, Grundsätze des gemeinen Deutschen Privatrechts, 2 Abtheil. §. 293;

erwägt man ferner, dass in mehreren benachbar-

ten Ländern dieses MühlenRegal um diese Zeit selbst von den Landständen anerkannt werden musste, wie denn z. B. für das Fürstenthum *Calenberg* der Gandersheimische Landtags-Abschied von 1601, Art. 13, ausdrüklich feststellte, dass niemand ohne des gnädigsten Landesherrn ausdrückliche Bewilligung von Neuem *Wasser- oder Windmühlen zu bauen* zugelassen werden solle; ähnliche Grundsätze auch in den Herzogthümern *Lauenburg*, *Bremen und Verden* etc. Anerkennung erhielten;

Cf. *Strubens* rechtl. Bedenken. Aelt. Ausgab. B. V., Bd. 21;

v. Bülow u. *Hagemanns* praktische Erörterungen, Bd. 4, Erört. 1;

so ist es sehr begreiflich, wie in Mecklenburg, wo nur das Eigenthum an den schiff- und flössbaren Strömen regelmässig dem Landesherrn, das Eigenthum der übrigen Gewässer aber den Grundherrn zusteht,

Cf. *v. Kamptz,* Civilrecht d. Herzogth. Mecklenb. 2 Thl. §. 52;

der Ritter- und Landschaft in dem Assecurations-Revers von 1621 Beruhigung und Zusicherung wegen des in andern Ländern so sehr um sich greifenden MühlenRegals landesherrlich ertheilt werden musste. Wenn es nun in diesem AssecurationsRevers heisst: „dass die von der Ritterschaft und den Städten *auf ihrem unstreitigen Grund und Boden, da einer dem andern an Wasser und Wind keinen Schaden zufüget, und die Unterthanen auf gewissen Mühlen zu mahlen nicht schuldig seyen,* unbehindert Mühlen bauen mögen;“ so liegt hierin keine besondere Beschränkung, sondern nur dasjenige ausgesprochen, was sich von selbst versteht, näm-

lich, dass die Mühlen nur unbeschadet dem Eigenthume, den Wind- und Wassergerechtigkeiten, und den Bannrechten Anderer erbauet werden dürfen, worin durchaus kein neuer, diesem Lande eigenthümlicher Rechtsgrundsatz ausgesprochen worden ist. — Völlig unstatthaft ist aber die Behauptung des Imploranten, dass, weil Ritterschaft und Städten das Recht des freien Mühlenbaues zugesichert sey, den übrigen Landeseingesessenen ein solches Recht nicht zustehe. Wenn überhaupt das Argumentum e contrario in den Rechten bekanntlich nur mit grosser Vorsicht anzuwenden ist, so gilt dies vor Allem von den *den Landständen* zugesicherten Rechten; indem sie bekanntlich sehr häufig *gemeine* Rechte, die von irgend einer Seite her gefährdet wurden, sich nur besonders zusichern liessen, ohne dass diese dadurch ihre Natur veränderten und aus Jura generalia, Jura singularia oder Privilegia wurden. Wenn es sich aber vollends, wie hier, von einem angeblichen *Regale* handelt, so liegt in der landesherrlichen Erklärung, dass Ritter- und Landschaft ein solches nicht anzuerkennen verpflichtet sey, unstreitig eine Verzichtleistung auf das ganze, ohnehin an sich streitige und ungewisse Regale, so lange der Landesherr hinsichtlich seiner übrigen Unterthanen sich dasselbe nicht *ausdrücklich vorbehält.* Implorant hat aber kein einziges Gesetz, noch eine anderweitige Rechtsurkunde anzuziehen vermocht, woraus die angebliche an sich begründete *Regalität* des Mühlenbaues in Mecklenburg hervorgeht, welche auch bei der zu praesumirenden natürlichen Freiheit nicht zu vermuthen ist. Demnach dient die vom Imploranten selbst angezogene Bestimmung der Reversalen nicht dazu, eine blosse *Ausnahme*

von der Regel für Ritterschaft und Städte zu begründen und also indirect die *Regel* der Regalität, sondern vielmehr die *für ganz Mecklenburg geltende*, für Ritterschaft und Städte nur *besonders zugesicherte Regel des freien Mühlenbaues*, den Rechten Dritter unbeschadet, darzuthun.

2. Wenn Implorant sich auf zwei einzelne Vorgänge beruft, aus denen eine dem freien Mühlenbaue entgegenstehende Observanz hervorgehen soll, so wie darauf, dass noch kein Erbpächter eine Mühle ohne nachgesuchte und erhaltene Erlaubniss angelegt habe, so beweisst dies Alles nichts. Denn in den beiden namhaft gemachten Fällen ist, Anderes zu geschweigen, ausdrücklich von Zulegung von Zwangsmahlgästen die Rede, was allerdings eine Genehmigung des obersten Mühlenbannberechtigten erfordert, allein nicht das Geringste für die Regalität des Mühlenbaues an und für sich beweiset. Unter diesen Umständen kann auf die allgemeine Behauptung des Imploranten, dass kein Erbpächter eine neue Mühle ohne vorherige Consens Einholung baue, kein Gewicht gelegt und namentlich daraus nicht die Veranlassung zu einer Beweissauflage wegen der durch Nichts auch nur entfernt wahrscheinlich gemachten, der Strenge nach auch nicht einmal vom Imploranten behaupteten Regalität des Mühlenbaues genommen werden; indem aus den angeführten Beispielen zu entnehmen ist, dass, wenn ausser diesen noch andere Fälle vorgekommen seyn sollten, ebenmässig nur ähnliche besondere Nebenumstände die Consens-Einholung veranlasst haben. —

3. Dass in Mecklenburg das Recht der Mühlenanlegung mit der sich von selbst erge-

benden Beschränkung überhaupt ein gemeines Recht jedes Eigenthümers, und nicht bloss der Ritterschaft und Städte sey, bezeugt auch der Hauptschriftsteller des Mecklenburgischen Civilrechts:

v. Kamptz a. a. O. §. 43: „Die Luft kann jeder benutzen, in sofern dadurch das wohlerworbene Recht eines Dritten nicht verletzt wird. Hiernach ist zwar jeder Grundeigenthümer berechtigt, auf seinem Eigenthum *Windmühlen* anzulegen; allein nur in so weit, als daraus den wohlerworbenen Rechten Dritter kein Nachtheil erwächst.“ §. 53. „(Dem Eigenthümer des Grund und und Bodens gebührt) das Recht, *Wassermühlen* anzulegen, in sofern der Mühlenbau auf unstreitigem Grund und Boden geschieht, und er Niemanden an Wind oder Wasser oder andern wohlerworbenen Rechten einen wirklichen Schaden zufügt.“

Für diese Grundsätze beruft *v. Kamptz* sich ebenfalls auf den obigen §. 32. *der Reversalen von* 1621 und sieht hierin also gleich uns nur eine Bestätigung einer allgemeinen Befugniss, nicht eine singuläire Ausnahme von der Regel zu Gunsten der Ritterschaft und Städte. — Aus allem Vorstehenden folgt nun, dass ein eigenthümliches Mecklenburgisches Recht gegen den freien Mühlenbau nicht mit Grund Rechtens angenommen werden kann, und dass es auch selbst an einem Scheine dieses Rechtes fehlt; daher Implorant in dieser Hinsicht auch nicht zum Beweise des Daseyns eines solchen Rechtes zugelassen werden kann, und dieses um so weniper, als er selbst mehr auf allgemeine Rechts-Principien sich zu gründen scheint.

B. Was nun aber die Beurtheilung der Hauptsache vom *gemeinrechtlichen* Standpunkte aus betrifft; so kann es

1. keinem gegründeten Zweifel unterliegen, dass namentlich das Recht, eine *Windmühle* anzulegen, an sich ein natürlicher Ausfluss des Grundeigenthums ist. Mögen auch hinsichtlich der Wassermühlen regelmässig schon an und für sich besondere Nebenrücksichten eintreten, wodurch das Recht der Anlegung modificirt wird; so fallen doch diese bei den Windmühlen weg, die nicht, wie die Wassermühlen, besondere, den Nachbaren leicht nachtheilige Vorkehrungen verlangen. Dieses im Eigenthume an Grund und Boden an und für sich enthaltene Recht der Anlegung von Windmühlen ist auch nicht durch ein gemeines Deutsches Recht und Herkommen dem Grundeigenthümer genommen; wie denn beides bezeugen nicht bloss

v. Kamptz a. a. O. §. 43.

sondern auch zahlreiche anderweitige Schriftsteller. So sagen:

Strube, rechtl. Bedenken, Bd. 2, Bedenk. 48: „Es mag aber ein Jeder auf seinen Grund und Boden setzen, was ihm beliebt, wenn solche Freiheit durch keine landesherrliche Verordnungen oder Gewohnheiten aufgehoben worden; daher denn die mehrsten Rechtslehrer (S. Note a.) dafür halten, dass ein Unterthan ohne der Obrigkeit Genehmhaltung auf dem Seinigen eine Mühle erbauen könne; welche Befugniss die Landesgesetze in Sachsen ausdrücklich bestätigen; — daher denn, *weil keine allgemeine Deutshe Vorordnung hievon vorhanden,*

das Herkommen jedes Landes zu erforschen, und selbigem gemäss zu erkennen ist.“

v. Bülow u. Hagemann, practische Erörterung, Bd. 4. S. 1. Erört. 1: „Das Recht, Wasser- oder Windmühlen zu erbauen, ist an und für sich kein ausschliessliches Hoheitsrecht, vielmehr kann ein Jeder dasselbe an seinen eigenthümlichen Bächen, und Gewässern, oder auf seinem Grund und Boden frei ausüben. Durch *ausdrückliche LandesGrundgesetze* oder ein *allgemeines Landesherkommen* ist indess diese, in der natürlichen Freiheit liegende Befugniss *hin und wieder* an die landesherrliche Einwilligung und Erlaubniss gebunden.“

Mittermaier, Deutsches Privatrecht §. 296: „Die Erbauung von Windmühlen steht jedem auf seinem Grundeigenthume frei, *wenn kein Landesgesetz Beschränkungen ausspricht.*“

S. auch *Hagemann*, Landwirthschaftsrecht, §. 218.

v. Berg, PolizeiRecht, Bd. III, S. 466.

Kämmerer, de operis novi nunciatione, cap. II. §. 24. p. 178.

2. Es frägt sich nun aber, ob dass, was vom Grundeigenthümer hinsichtlich des Rechtes des freien Mühlenbaues gilt, auch vom blossen *Erbpächter* behauptet werden kann? Bekanntlich wird von mehreren Rechtslehrern zwischen *Erbzinsrecht* und eigentlicher *Erbpacht* unterschieden, und es werden von diesen dem Erbpächter, ausser dem erblichen und unwiderruflichen Benutzungsrechte gegen einen unwiderruflichen Zins, nur die gewöhnlichen Rechte eines Pächters,

dem Erbenzinsmanne dagegen ein wahres nutzbares Eigenthum am Grundstück zugeschrieben.

S. *v. Bülow* u. *Hagemann*, praktische Erörterungen, Bd. 3. not. 22. S. 149.

Diese Unterscheidung im Wesentlichen auch zugegeben, so kann es doch auf den blossen Namen nicht ankommen, sondern allein darauf, ob nach der Intention der Begründer des Rechtsverhältnisses der Besitzer dem blossen Pächter oder dem nutzbaren Eigenthümer gleich geachtet werden sollte. Beachten wir nun die ganze Wortfassung der in beglaubigter Abschrift zu den Acten gekommenen Verleihungs- und Bestätigungsbriefe vom 2. October, 1761:

„confirmiren und bestätigen vorberegte Mühle zu Krüselin auf den Müller Georg Lehmann dergestalt und also, dass er und seine rechtmässigen Erben und Erbnehmern mehrbemeldete Mühle mit allem Zubehör an Zimmern, Gebäuden, Mahlgästen, Fischerei, *Aeckern* und Gärten, so wie solche seinem Vater vermöge vorbedachten Erbpachtbriefes vom 1. August, 1731 versichert worden, *ferner erb- und eigenthümlich besitzen, auch seiner und ihrer besten Gelegenheit nach nutzen, geniessen und gebrauchen sollen und mögen;*“

so erhellt aus solchen Worten deutlich, dass der Besitzer an der fraglichen Mühle nebst Zubehör zwar kein volles und unbeschränktes Eigenthum, wohl aber ein *nutzbares Eigenthum* und in dieser Hinsicht, ungeachtet des Namens *Erbpacht*, doch die Rechte eines *Erbenzinsmannes* haben und demnach nicht auf die gewöhnlichen Pachtrechte beschränkt seyn sollte. Wenn es daher

auch vielleicht bezweifelt werden könnte, ob nach der von einigen Rechtslehrern aufgestellten Ansicht von den, den Rechten des blossen Pächters analogen Rechten des Erbpächters, in diesen das Recht zum Mühlenbau auf dem erbverpachteten Mühlenacker enthalten sey, so kann es doch keinem Zweifel unterliegen, dass ein Erbpächter, dem ausdrücklich, gleich der Mühle, auch der Mühlenacker *erb- und eigenthümlich und zwar mit der Befugniss, ihn nach bester Gelegenheit zu nutzen, zu geniessen und zu gebrauchen*, verliehen worden ist, gleich dem vollen Eigenthümer die Befugniss habe, den Grund und Boden auch durch Anlegung einer Windmühle zu gebrauchen.

3. Es frägt sich jedoch ob dasjenige, was vom Erbpachtsverhältnisse im Allgemeinen gilt, nicht hier, wo die Vererbpachtung einer *Wassermühle* mit ihrem Mühlenacker in Frage steht, schon von selbst eine Ausnahme leidet, da anscheinend durch den Bau der Windmühle die Wassermühle, wie Implorant auch behauptet, in ihrem Werth heruntergesetzt, das in Erbpacht gegebene Grundstück demnach *deteriorirt* wird? Allein es darf hierbei zunächst nicht übersehen werden, dass der Mühlenacker eine wesentliche Pertinenz der Wassermühle ist. Denn in der Erbpachtversicherung vom 1. August, 1731 heisst es: „den Mühlenacker betreffend, *so weit derselbe eigenthümlich seit Alters her zur Mühle gehört*, — *behält* der Müller J. J. Lehmann und seine Mitbeschriebenen ohne davon etwas abzustatten.“ — Freilich ist in dieser Urkunde, im Gegensatze des seit Alters zur Mühle gehörenden und dort näher specificirten Mühlenackers, von einem Acker die Rede:

„so Daniel Wilcke am Mechowschen Wege zur rechten Hand unter den Eichen *eigenmächtig ohne unsern Consens ausgebrochen.*“

Allein da es dieserhalb in derselben Urkunde gleich weiter heisst:

„*muss er sich gänzlich enthalten, und er denselben bei Vermeidung schwerer Beahndung nicht vergreifen;*“

so erhellt hieraus sowohl, als aus dem Umstande, dass in dem Bestättigungsbriefe vom 2. October, 1761 nur ganz allgemein der im Erbpachtsbriefe vom 1. August, 1731 versicherten zur Mühle gehörenden *Aecker* gedacht wird, dass der Mühlenacker, dessen gegenwärtig von beiden Theilen gedacht wird, von dem zur Mühle als Pertinenz gehörenden eigentlichen Mühlenacker nicht verschieden ist. Es wird nämlich auch in dem Bestätigungsbriefe vom 2. October, 1761 die Confirmation und Bestätigung in der Art ertheilt, dass der Müller *Georg Lehmann* und seine Erben „mehr bemeldete Mühle *mit allem Zubehör* an Zimmern, Gebäuden, Mahlgästen, Fischerei, *Aeckern* und Gärten, so wie solche seinem Vater vermöge vorbedachten Erbpachtbriefes vom 1. August, 1731 versichert worden, ferner erb- und eigenthümlich besitzen sollen.“ Hieraus erhellt, dass der Mühlenacker überhaupt unzweifelhafte *Pertinenz* der Mühle ist. Die darauf vom Imploraten erbaute Windmühle nimmt als Pars fundi die gleiche Pertinenzqualität an. Hieraus folgt, dass dieser als Pertinenz der Wassermühle mit in Erbpacht gegebene Mühlenacker nebst Windmühle ohne förmliche Genehmigung Grossherzoglicher Kammer nie von dem Hauptgut, der

Wassermühle selbst, getrennt werden kann, und demnach mit dieser wesentlich und für immer verbunden ist. Damit fällt die ganze Argumentation des Imploranten von dem, aus einem abgesonderten Verkauf der auf dem Mühlenacker gebauten Windmühle zu befürchtenden Schaden für den Werth der Wassermühle von selbst weg, ganz abgesehen auch von dem völlig gehaltlosen Grunde, welcher aus der dem Imploraten noch weniger zustehenden Beilegung von Zwangsmahlgästen an die dereinst zu verkaufende Windmühle entnommen ist. — Ist nun aber der Mühlenacker und mit diesem — nach der Regel: *Superficies cedit solo*, — auch die Windmühle selbst eine Pertinenz des Hauptgutes, der Wassermühle, so ist leicht ersichtlich, wie in dem Bau der Windmühle nur eine *Melioration*, keine *Deterioration* der Wassermühle und des gesammten Erbpachtgutes überhaupt zu suchen ist. Durch sie werden die Einkünfte des Erbpachtgutes erhöhet, der Zweck der Mühlenanlage überhaupt sicherer und vollständiger erreicht, den gerechten und billigen Anforderungen der Zwangsmahlgäste besser Genüge geleistet, ohne dass auf der andern Seite der Grundherr als solcher in anderweitigen Rechten beeinträchtigt wird, was z. B. der Fall seyn könnte, wenn durch neue Gewerke in oder an der Wassermühle selbst das dem Grundherrn zugehörende Wasser zu seinem Nachtheil in einem höhern Maasse in Anspruch genommen würde; was aber hier bei der Windmühle nicht der Fall ist. So wenig Implorant Beschwerde führen könnte, wenn durch eine DampfMaschine oder durch Benutzung anderweitiger Naturkräfte ausser dem Wasser, der Ertrag der Mühle ver-

mehrt würde, so wenig giebt die Mitbenutzung des Windes für den Mühlenzweck, wenn auch in einem abgesonderten Gebäude, einen gerechten Grund zur Imploration der richterlichen Hülfe.

4. Allein, dürfte man fragen, wenn Grossherzogliche Kammer auch weder aus dem Gesichtspunkte des Regals, noch des erbverpächterischen Grundeigenthums ein Widerspruchsrecht gegen den fraglichen Mühlenbau geltend machen kann, gebührt derselben denn doch nicht ein solches Recht aus dem, ihr eigenthümlich zustehenden *Bannrechte über die Mühlenzwangsgäste*, oder aus dem *Mühlenzwang?* Dieses Bannrecht ist bekanntlich von dem, die Mühlenanlegung betreffenden MühlenRegale verschieden und findet sich auch, gleich wie im übrigen Deutschland, in *Mecklenburg* und zwar zu Gunsten der Ritterschaft und Städte sowohl, als des Landesherrn, demnach als eine, in Mecklenburg regelmässig aus der Leibeigenschaft hervorgegangene, *PrivatRechtsbefugniss.*

v. Kamptz, a. a. O. §. 93.

So wie jedes andere Recht ist nun auch dieses rechtlich begründete Bannrecht des Mühlenzwanges gegen Beeinträchtigung sicher zu stellen, welche namentlich durch Anlegung neuer Mühlen geschehen kann, *insofern der Erbauer dadurch sich selbst, oder Andere dem, zu Gunsten einer andern Mühle bestehenden Mühlenzwange entziehen will.* Daher heisst es auch in dem §. 32. der oben angeführten *Reversalen von 1621:*

„— dass die von der Ritterschaft und den Städten, — *da die Unterthanen auf gewissen Mühlen zu mahlen nicht verbunden seyn, unbehindert* Mühlen bauen mögen.“

S. auch *v. Kamptz* a. a. O. §. 93. „Dem erworbenen Mühlenzwange darf *weder durch Anlegung von Mühlen*, noch durch Ausmahlen Eintrag geschehen."

Hieraus folgt nun aber keineswegs, dass jede Anlegung einer Mühle im Bannbezirke schon ohne Weiteres eine Verletzung des Mahlzwanges sey, sondern nur, dass dieses da der Fall ist, wo ein bestimmter Nachtheil für den Bannberechtigten daraus erwächst. Dies tritt aber im vorliegenden Falle nicht ein, weil der Inhaber des nutzbaren Bannrechtes selbst zugleich der Erbauer der neuen Mühle ist. Es ist nämlich durch den Erbpachtsbrief vom Jahre 1731 und dessen Bestätigung von 1761 die vorbemeldete Mühle mit allem Zubehör, unter andern auch *an Mahlgästen*, zu Erbpachtsrecht erb- und eigenthümlich den Vorfahren des Imploraten verliehen worden. Es gehört demnach auch der ganze Bannbezirk als solcher zu den Pertinenzen der Wassermühle und die freie Benutzung des Mühlenzwangsrechtes steht für immer dem Imploraten und seinen Erben zu. Unter diesen Umständen ist er derjenige, welcher durch eine Beeinträchtigung des Bannrechtes allein nur leiden würde, und deshalb kann ihm nicht eine Handlung verwehrt werden, welche, wenn überhaupt, so doch nur ihm selbst nachtheilig seyn könnte. Da jeder neue Mühlenbau im Bannbezirke nicht *ausdrücklich* und *absolut* untersagt, sondern nur in dem AssecurationsRevers von 1621 der Ritterschaft und den Städten ausserhalb der Bannbezirke ein unbeschränktes oder unbehindertes Recht des Mühlenbaues zugesichert worden ist, so kommt es bei der Beurtheilung der Rechtmässigkeit oder Unrechtmässigkeit

des Neubaues aus diesem Grunde immer auf die obwaltenden besondern Umstände an. Implorat hat aber durch die Erbauung der neuen Mühle, welche, wie oben gezeigt worden, kein selbstständiges Besitzthum für sich, sondern mit dem Grund und Boden, worauf sie steht, nur eine Pertinenz der Wassermühle ist, das an dieses geknüpfte Bannrecht des Mahlzwanges weder beeinträchtigen wollen, noch können. Nach wie vor sind alle Mahlgäste an die Wassermühle durch Mahlzwang gebunden; dass aber dieser die mit ihr wesentlich verbundene neue Anlage zu Hülfe kommt, um die Mahlgäste desto leichter und vollständiger zu befriedigen, kann nicht als eine *Deterioration*, sondern nur als eine *Melioration* auch des nutzbaren Mahlzwangsrechtes als solchen betrachtet werden. Denn wenn die Wassermühle allein nicht mehr im Stande wäre, den Bedürfnissen sämmtlicher Mahlzwangsgäste abzuhelfen, was nach den Ausführungen des Imploraten und den Bemerkungen des Imploranten wenigstens als möglich angesehen werden muss, so müsste, der Erbpachtsverleihung ungeachtet, nothgedrungen schon von Oberpolizeiwegen eine Beschränkung des Mahlzwangsbezirkes eintreten, welcher Implorat durch Anlegung der neuen Windmühle zuvorgekommen ist. Eben daraus erhellt aber auch, dass er grade seines nutzbaren Mahlzwangsrechts wegen noch *ein besonderes Recht* zum Mühlenbau hat. Denn wenn die zu befürchtende Nichtbefriedigung der Mahlgäste eine polizeiliche Beschränkung des Bannbezirkes zur Folge haben musste, so ist auch der Erbpachtsmüller der Bannmühle als solcher berechtigt, diesem durch Erweiterung der Mühlanlage zuvorzukommen. —

5. Endlich könnte es aber auch den Schein gewinnen, als wenn der Implorat schon wegen *polizeilicher* Rücksichten des Consenses Grossherzoglicher Kammer wesentlich bedurft hätte; da doch die Mühlen und das Müllerhandwerk anerkannt unter besonderer polizeilicher Beaufsichtigung stehen. Allein die über die zum Gebrauch des Publicums, nicht zum blossen Privat-Gebrauche bestimmten Mühlen eintretende besondere polizeiliche Beaufsichtigung giebt der Polizei-Behörde nur ein Recht, dasjenige zu verbieten, oder wegzuräumen und abzustellen, was als gemeinschädlich oder gefährlich erkannt worden ist, nicht aber, der blossen Möglichkeit eines polizeiwidrigen Missbrauches wegen, die ganze in der natürlichen Freiheit begründete Handlung oder Anlage ohne weiteres zu untersagen, oder von ihrer Genehmigung wesentlich abhängig zu machen. Zwar können dringende polizeiliche Rücksichten ein *Landesgesetz* oder eine Rechtsgewohnheit herbei führen, wodurch die Unterthanen positivrechtlich verpflichtet werden, vor der Ausübung derartiger natürlicher Befugnisse höhere Genehmigung einzuholen, in welchem Falle auch der Richter das Recht als hieran wesentlich gebunden betrachten muss. Allein an einem solchen Gesetze oder Landesherkommen fehlt es in unserm Falle, wie oben gezeigt worden ist, gänzlich, und es kann daher der Richter nicht umhin, das unbeschränkte Recht der freien Mühlenanlegung so lange gegen angeblich polizeiliche Eingriffe in Schutz zu nehmen, als nicht das Gemeingefährliche und daher Polizeiwidrige der fraglichen Anlage vorliegt; was aber im vorliegenden Falle keinesweges eintritt. Auch ist nicht zu übersehen, dass, wenn anderswo die

Anlegung einer neuen Mühle zum öffentlichen Betriebe des Mühlengewerbes gesetzlich oder herkömmlich aus polizeilichen Gründen an landesherrliche Concession bisweilen gebunden ist,

S. *v. Bülow* u. *Hagemann*, a. a. O. S. 4. u. 5.

Dieses sich nicht sowohl auf die Anlegung der Mühle als solcher, als auf *den öffentlichen Betrieb des Mühlengewerbes* bezieht; welcher Grund aber ebenfalls im vorliegenden Falle nicht eintritt, da Implorat schon ohnehin zum öffentlichen Betrieb des Mühlengewerbes autorisirt und berechtigt ist.

II. Wenn nun demnach sowohl nach landes-, als gemeinrechtlichen Grundsätzen in der Hauptsache zu Gunsten des Imploraten hat gesprochen werden müssen, so ergiebt sich daraus von selbst:

A. in Betreff der Process Kosten, dass Implorant diese mit Einschluss der Kosten der ex officio erkannten Actenversendung allein zu tragen hat, da Implorat, der eine rechtlich vollkommen begründete Befugniss ausübte, durch Nichts die Imploration und die dadurch herbeigeführten ProcessKosten verschuldet hat;

B. in Betreff der anderweitigen Schäden und Nachtheile, welche dem Imploraten aus der Operis novi nunciatio erweislich erwachsen sind, dass auch diese vom Imploranten zu ersetzen sind und zwar in Gemässheit der bekannten Grundsätze über die Operis novi nunciatio.

Aus solchen Gründen haben wir uns bewogen gefunden, überall, wie geschehen, zu erkennen.

X.

Über den gemeinrechtlichen Unterschied zwischen Mord und Todschlag, mit Bezugnahme auf die Lehre von den Perturbationen oder Affecten, und mit ausführlicher critischer Würdigung der betreffenden neuern criminalistischen Literatur.

Aus den vom Herausgeber ausgearbeiteten Entscheidungsgründen zu dem Todesurtheile der *Rostocker* Juristenfacultät wider August Kühn.

Der den Unterschied zwischen *Mord* und *Todschlag* begründende Gegensatz von *Vorbedacht* und *Jähheit*, oder *Überlegung* und *Affect* bedarf in mehrfacher Hinsicht einer nähern Erwägung. Zunächst frägt sich nämlich:

a. *Inwiefern macht das gemeine Recht von diesem Gegensatze die gesetzlichen Strafbestimmungen über die Tödtung überhaupt abhängig?*

Das ältere Germanische Recht unterschied *offenen Todschlag* (*Manslata*) und *heimlichen Todschlag* (*Mordar*, *Mord*). Hiebei legte es den Begriff der Heimlichkeit nicht sowohl in den Anfall, als in das *Verbergen des Leichnams*; weshalb nach einigen Rechten, insbesondere den Nordischen, der Todschläger, wollte er nicht als Mörder angesehen werden, sich *öffentlich* zu der geschehenen That bekennen musste.

Cf. *Jacob Grimm*, Deutsche Rechtsalterthümer, B. 2, S. 625 ff.

Jarcke, Handbuch des Strafrechts, B. 3, §. 38, S. 213 ff.

Der offene Todschlag, vollends wenn er nach vorhergegangener Absagung geschehen war, ward als Ausfluss des Fehderechtes, nicht als eine ehrlose That und als ein peinliches Verbrechen angesehen, und konnte durch Zahlung des Wehrgeldes gebüsst werden. Anders aber der heimliche Todschlag, welcher von jeher die Todesstrafe zur Folge hatte. Später wurde mit dem Fehderechte auch das Germanische System der Sühne unter Einfluss des Römischen Rechts immer mehr verdrängt, und der offene Todschlag ebenfalls mit dem Tode, gewöhnlich aber doch mit der ehrenvollern Strafe des *Schwerdtes*, nicht, wie der Mord, mit dem *Rade* bestraft, nur dass, besonders für den Fall der Tödtung *im trunkenen* und *hastigen Muthe*, bisweilen particularrechtlich noch das alte Recht: *seinen Hals mit Geld zu lösen*, erhalten wurde.

Cf. *v. Wicht*, Ostfriesisches Land-, Deich- und Siehlrecht, B. III, C. 17 u. 18:

„Wer einen Todschlag begeht *mit Vorsatz und wohlbedachtem Muthe*, der ist ein Mörder und mag seinen Hals mit Geld nicht lösen, weder von den Verwandten, noch vom Landesherrn. — Wer *trunkenen oder hastigen Muthes* einen Mann erschlägt, der mag seinen Hals mit Gelde lösen bei dem Landesherrn und des Erschlagenen Verwandten."

Birnbaum, über die verschiedenen Arten strafbarer Tödtung, im Neuen Archiv für's CriminalRecht. B. 8, S. 435:

„(Das *Westfriesische Recht* von 1504 und das *Ostfriesische Recht* von 1515 beweisen), wie nach und nach bei absichtlichen Tödtungen das *Lösen des Halses*

erschwert wurde, das übrigens, ungeachtet des Gebotes im *Sachsenspiegel* (B. II, Art. 13, §. 5.): „*Die den man slat, den sal man dat hovet abslan,*“ in der Praxis noch bis zur C. C. C., ja noch später erlaubt war.“ —

Was nun das *Römische Recht* betrifft, so wurde hier jede absichtliche Tödtung als *Homicidium* bestraft, und zwar seit Sulla in der Regel nach der *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis*, nebst ihrer durch spätere kaiserliche Gesetzgebung und durch Jurisprudenz begründeten Interpretatio. — Nach dieser wurden aber von der Strafe der Lex Cornelia ausgenommen und nicht als *Homicidae* bestraft, zunächst alle, welche „*non occidendi animo*“ getödtet hatten, wie z. B. derjenige, welcher im Handgemenge (in rixa) Jemanden mit einem Schlüssel, Kessel u. dgl. (anders mit einem Schwerdte) getödtet hatte, oder welcher durch ein muthwilliges Spiel die Veranlassung zum Tode Jemandes geworden war (per *lasciviam* causam mortis praebuisset), oder wer durch eine *lata culpa* den Tod des Andern herbeigeführt hatte, oder wer durch gerechte Nothwehr, durch kindliches Alter (Innocentia consilii), oder durch Wahnsin (Fati infelicitate) entschuldigt war. (L. 1, §. 3, 4; l. 4, §. 1; l. 7, 9, 12. D. 48, 8. *Ad legem Corneliam de sicariis.*)

Allein die spätere Interpretatio ging noch weiter. Während nämlich früher in legitimis judiciis auf die Gemüthsbewegungen des Verbrechers, auf „*Motio animi et perturbatio*“ keine Rücksicht genommen ward:

Cf. *Cicero*, partit. orat. c. 12: „Nam quae motu animi et perturbatione facta sine

ratione sunt, ea defensionem contra crimen in legitimis judiciis non habent, in liberis disceptationibus habere possunt;“

nahm man in der Folge an, dass selbst beim vorhandenen Animus delinquendi doch zwischen den *Proposito* und *Impetu* verübten Verbrechen zu unterscheiden sey. Dieses auf die *Tödtung* bezogen, hob freilich den Begriff des *Homicidium* wegen des vorhandenen *Animus occidendi* nicht auf, begründete jedoch eine Abweichung von der gesetzlichen Strafe desselben. In besonderer Beziehung auf die Tödtung trat daher der Unterschied ein, wie ihn *Marcianus* im 2ten Buche seines Werkes de publicis judiciis anführt,

l. 11, §. 2. D. 48, 19. *De poenis*: „Delinquitur autem aut *proposito*, aut *impetu*, aut *casu*. *Proposito* delinquuntur *latrones*, qui factionem habent. *Impetu autem, cum per ebrietatem ad manus aut ad ferrum venitur*. *Casu* vero, cum in venando telum in ferram missum, hominem interfecit.“

Ausser dem Falle der *Trunkenheit* wird aber zu den Fällen der *Impetu* verübten Tödtung insbesondere auch noch gezählt die Tödtung sowohl der im Ehebruch ergriffenen Ehefrau als des Ehebrechers.

L. 38, §. 8. D. 48, 5. *Ad legem Juliam de adulteriis*. „Imperatores Marcus Antoninus et Commodus filius rescripserunt: Si maritus uxorem in adulterio deprehensam *impetu tractus doloris* interfecerit, non utique Legis Corneliae de sicariis poenam excipiet. Nam et D. Pius in haec verba rescripsit Apollonio: Ei qui uxorem suam in adulterio deprehensam occidisse se non

negat, ultimum supplicium remitti potest, *cum sit difficillimum, justum dolorem temperare*; et quia plus fecerit, quam quia vindicare se non debuerit, puniendus sit; sufficit igitur, si humilis loci sit, in opus perpetuum eum tradi; si qui honestior, in insulam relegari." (Cf. l. 1, §. 4. D. 48, 8.)

L. 4. C. 9, 9. *Ad legem Juliam de adulteriis:* Sed si legis auctoritate cessante *inconsulto dolore* adulterum interemit, *quamvis homicidium perpetratum sit*, tamen, *quia et nox et dolor justus factum ejus relevant*, potest in exilium dari."

In dieser Hinsicht ist nur noch zu bemerken, dass ausnahmsweise dem *Ehemanne* in Beziehung auf den *Ehebrecher* ein förmliches *Jus occidendi* zugestanden war, in welchem Falle von einer Bestrafung desselben also gar nicht die Rede seyn konnte; was namentlich dann eintrat, wenn er in seinem eigenen Hause einen Infamen oder einen Freigelassenen seines Hauses im Ehebruche mit seiner Ehefrau ertappte. (Cf. l. 24. D. 48, 5.) Daneben stand dem *Schwiegervater*, was wir um des Nachfolgenden willen bemerken müssen, ein Jus occidendi nicht bloss gegen *jeden Ehebrecher*, sondern auch gegen seine *Tochter*, die *Ehebrecherin*, zu.

Cf. L. 22, §. 4. D. 48, 5: „Ideo autem *patri*, non marito, *mulierem* et *omnem adulterum* permissum est occidere, quod plerumque pietas paterni nominis consilium pro liberis capit, *caeterum mariti color et impetus facile decernentis fuit refraenandus.*"

Die obigen Bestimmungen des Römischen Rechts sind nun aber um so wichtiger, als die

in ihnen sich klar aussprechende Ratio, dass selbst beim eigentlichen Homicidium, wo der Animus occidendi nicht in Abrede gestellt werden kann, der *Impetus doloris* eine Abweichung von der gesetzlichen Strafe des Homicidium rechtfertige, und zwar: „*cum sit difficillimum, justum dolorem temperare,*" — ein gleiches Abgehen von der gesetzlichen Strafe auch in andern analogen Fällen rechtfertigt; wie denn schon das Römische Recht selbst die *Impatientia doloris* auch in andern Fällen, namentlich bei der Selbstverwundung oder versuchten Selbstentleibung eines Miles, als Milderungsgrund anerkannt hat. (Cf. l. 6, §. 7. D. 49, 16. *De re militari.*)

Wenn ferner in den angezogenen Stellen auch bloss vom Impetus *ebrietatis* und *doloris* die Rede ist, so ist damit natürlich noch keinesweges jeder andere *Impetus* ausgeschlossen; vielmehr ist, selbst nach den Worten der l. 38, §. 8, cit. „cum sit *difficillimum*, justum dolorem *temperare,*" ein Impetus überall als Milderungsgrund zuzulassen, wo die Mässigung oder *Temperantia* auch für den bonus ac justus vir *höchst schwierig* seyn muss; nur dass man hiebei freilich nicht so weit gehen darf, z. B. mit

Heffter, Lehrbuch des Criminalrechts §. 105, n. 1. S. 121,

„*heftige Gelüste, die Sinnlichkeit besonders reizende Gelegenheiten, Verführung* u. dgl." zu den Fällen des gsetzlich zu berücksichtigenden Impetus zu rechnen; da das Römische Recht nie den Begriff des *bonus vir* ausser Acht lässt, der überhaupt jedes Turpefactum der unmöglichen Handlung gleichstellt. (Cf. l. 15 D. 28, 7.)

Diese Grundsätze des Römischen Rechtes erhielten nun in *Deutshland* schon lange vor der *P. G. O. Karl des V.* einen entschiedenen Einfluss auf die rechtliche Beurtheilung der Tödtungen; indem die Verbreiter des Römischen Rechts es sich angelegen seyn liessen, jede *überlegte Tödtung* für *Mord* zu erklären; während alle übrigen Arten der Tödtung unter dem allgemeinen Namen des *Todschlages* begriffen wurden, wodurch zuerst *die Art der Willensbestimmung* die Norm der Strafbarkeit wurde:

Cf. *Birnbaum*, a. a. O. S. 278, N. 96. S. 430.

Durch die *P. G. O. Karl des V.*, welche sich überall entschieden an das gemeine geschriebene Kaiserrecht anschloss, erhielt dieses, gegen das ältere Germanische Rechts System geltend gemachte Römische System erst seine vollständige Anerkennung; indem jetzt jeder vorsätzliche Todschläger als *Mörder* und zwar mit der herkömmlichen Strafe des *Rades* bedroht, und nur zu Gunsten der Todschläger *aus Jähheit und Zorn* die ehrenvollere Strafe des *Schwerdtes* zugelassen, dieser Unterschied auch gegen solche Ortsgewohnheiten geltend gemacht wurde, welche überall die Strafe des *Rades* eintreten liessen. —

P. G. O. Art. 137: „Item ein jeder mörder oder todtschläger, wo er desshalb nit rechtmessig entschuldigung aussfüren kan, hat das leben verwürckt. Aber nach gewonheyt etlicher gegent, werden die fürsetzlichen mörder und die todtschleger eynander gleich mit dem radt gericht, darinnen soll underscheydt gehalten werden, Und also dass der gewonheyt nach, ein *fürsetzlicher mutwilliger mörder* mit dem *rade* und eynander *der eyn todtschlag*,

oder auss gecheyt und zorn gethan, und sunst auch gemelte entschuldigung nit hat, mit dem *schwert* vom leben zum todt gestrafft werden sollen." —

Mit diesem Artikel stimmt die *Bambergische H. G. O.* Art. 162 und die *Brandenburgische* vom J. 1509, im Wesentlichen vollkommen überein. (Über die abweichende Wortfassung: „*der einen todschlage aus jheheyt und zorn gethan*," und über das hie rFehlende *oder*, Cf. *Wächter*, Lehrbuch des Strafrechts, B. 2, S. 132, und *Birnbaum* a. a. O. S. 255, u. 256; welcher Letztere den Text der P. G. O. gegen Ersteren in Schutz nimmt.)

Offenbar hat nun die P. G. O. bei ihrer Bestimmung den Römischen Unterschied zwischen Propositum und Impetus vor Augen gehabt und hat mit dem Ausdruck *Muthwillen* nur *Propositum*, und mit dem Ausdruck *Jähheit*, (Gechheit, Jechheit) nur den *Impetus* bezeichnen wollen, zugleich den *Zorn* als den Hauptgrund der Jähheit (daher *Jähzorn*) besonders hervorhebend.

Cf. *Walch*, Glossarium Germanicum interpret. const. crim. Carolinae inserv. Jenae, 1790: p. 385, u. 386.

„*Muthwille* et *muthwillig* denotat vulgo hodie quandam lasciviam; quondam vero singnificabat spontaneitatem actionis, sive *liberam voluntatem*. — — E. g. „So wat ein Man deme andern lovet mit *Modwillen* (*Willen des Gemüthes*) *unbedwungen*, dat schall he eme to Rechte lesten." — p. 299: „*Gecheyt* occurrit in Art. CXXXVII. quum de homicidio *ex irae impetu*

commisso est sermo. — Memoratu dignum est, quod scriptores fere omnes hoc vocabulum praetereant, licet ejus adhuc vestigium reperiatur in vocabulo *Jähzorn.*“

Birnbaum, a. a. O. S. 432, 435.

„Mit den Bemühungen für Einführung des ewigen Landfriedens hing es zusammen, dass man allmählig jede *Tödtung mit Vorbedacht* dem *Morde* gleichzustellen versuchte, und so erhielt das Wort *Mord* selbst einen nicht sowohl veränderten, als erweiterten Begriff, den wir erst in der C. C. C. und ihren unmittelbaren Quellen mit Bestimmtheit finden. — Bedenkt man, dass die Verbreiter des Römischen Rechts es sich angelegen seyn liessen, nach und nach jede absichtliche Tödtung für *Mord* zu erklären, so kann man es auch nicht bezweifeln, dass *Karl des V.* bestimmte und unbedingte Drohung peinlicher Strafen gegen jede absichtliche Tödtung, wovon vielleicht vor Karl V. kein Beispiel sich finden dürfte, ebenfalls dem Einfluss des Römischen Rechts zuzuschreiben sey. Der Gesetzgeber wollte übrigens nicht, dass alle absichtlichen Tödtungen gleich gestraft würden, und auch daran lässt sich nicht zweifeln, dass die desshalb von ihm zwischen *Mord* und *Todschlag* gemachte Unterscheidung nicht minder aus dem Einflusse Römischer Rechtsansichten entstanden ist, obgleich der *Gebrauch des Wortes Todschlag* in

seiner Beschränkung auf die *nach Römischen Begriffen* gesetzlich ausgezeichnete Tödtung aus *Jähheit und Zorn* lediglich einer, übrigens *durch gute psychologische Gründe* geleiteten legislativen Willkühr zuzuschreiben ist."

Auffallend könnte es nun aber seyn, dass die P. G. O. im gewöhnlichen Falle des Todschlages den *Impetus* oder die *Jechheit und den Zorn* nur in soweit als Milderungsgrund anerkennt, dass sie die ordentliche Strafe des Rades in die ausserordentliche des *Schwerdtes* verwandelt und nicht von der Todesstrafe ganz abgeht. Diess erklärt sich jedoch genügend aus der Strenge der damaligen, im Gegensatze mit dem Alt-Germanischen Systeme der Bussen gebildeten Praxis, welche namentlich auch unbedingte Anwendung der Bestimmung des Jus divinum forderte, wornach, wer Menschenblut vergiesst, sein Leben verwirkt hat. Auffallender aber ist es, dass die P. G. O. den aus dem Römischen Rechte oben erwähnten Hauptfall der Tödtung Impetu doloris, nämlich die Tödtung des Ehebrechers oder der Ehebrecherin durch den Ehemann für völlig straflos zu erklären scheint; was in sofern einer Erklärung bedarf, als dem ersten Anscheine nach die P. G. O. den *Impetus* hier nicht bloss als Milderungsgrund, sondern als Grund der Straflosigkeit betrachtet. Denn nachdem von Art. 130 bis 149 diejenigen Fälle abgehandelt sind, welche unter der gemeinsamen Überschrift begriffen werden:

„Hernach volgen etlich böse Tödtung, und von straff der selben thätter,"

heisst es im Art. 150 unter der neuen allgemeinen Überschrift:

„*Hernach werden etliche entleibung im gemein berürt, die auch entschuldigung auff in tragen mögen, so darinn ordentlicher weiss gehandelt wirdt:*“

wie folgt:

„Item es sein sunst andere mer entleibung die etwo *auss unstreflichen ursachen* beschehen, so dieselben ursachen recht und ordenlich gebraucht werden, *als da eyner jemandt umb uneuscher werok willen, die er mit seinem eheweib oder tochter übet, erschlecht*, wie vor in dem 121sten artickel des ehebruchs anfahend, *Item so eyn ehemann eynem andern* etc. gesetzt ist.“

Weder in dem 121sten, noch in dem hier allerdings gemeinten 120sten Artikel ist nun aber des fraglichen Falles irgend gedacht; wohl aber in dem entsprechenden Artikel der *Bambergischen*, so wie der *Brandenburgischen* Gerichtsordnung. In jener heisst es, Art. 145:

„Item begriff auch der Eemann den Eebrecher an den eebruch oder aber So ein Eemann einem andern sein behausung und gemeinschafft mit seinem eeweyb wissentlich verpotten hat, betrit daruber denselben in söllicher uberfarung, *und schlecht jn auss hitzigem gemüt darob zu tode*, oder auch die Eebrecherin, die peinlich straff wirt im *seines billichen schmertzen halb* übersehen.“ (Hiemit stimmt die Brandenb. G. O. Art. 145 wörtlich überein.)

Offenbar hat nun aber die Bambergensis hier die zwei wesentlich verschiedenen Fälle des Römischen Rechts verwechselt, nämlich die Fälle,

in welchen auch dem Ehemanne ein Jus occidendi gestattet ist, und diejenigen, in welchen ihm freilich ein solches Recht nicht zusteht, er aber in Berücksichtigung des Impetus justi doloris von der ordentlichen Strafe des Homicidium freigesprochen, dagegen aber mit der der Todesstrafe zunächst folgenden Strafe belegt wird. Berücksichtigt man dieses, so kann es, in Verbindung mit der Erwägung anderer, durch die Vergleichung beider Artikel sich ergebenden Verschiedenheiten, nicht zweifelhaft seyn, dass die Carolina *absichtlich* jene Stelle der Bambergensis weggelassen hat, und dass nur aus Versehen, nach dem wörtlichen Vorgange des Art. 175 der Bambergensis, im Art. 150 auf den frühern Artikel vom Ehebruche Bezug genommen worden ist. Wenn demnach der Art. 150 der P. G. O. der Tödtung des Ehebrechers unter den Fällen der Tödtungen *aus unsträflichen Ursachen* gedenkt, so kann dieses nur auf das im Römischen Rechte dem Ehemanne *ausnahmsweise* gestattete Jus occidendi bezogen werden; während *in der Regel* auch nach der Carolina eine solche Tödtung als strafbar erscheint. Dieses gilt um so mehr, da die P. G. O. Art. 150, nach dem Vorgange der Bambergensis, ausdrücklich bemerkt, dass sie nicht alle hier in Betracht kommenden Verschiedenheiten genau aufzählen wolle; vielmehr in dieser Hinsicht auf der Rechtsverständigen Rath, also hier offenbar auf das ihnen bekannte gemeine Römische Recht verweist, mit den Worten:

„Die nechst obgemelte fell alle haben gar vil underscheyd, wann die entschuldigung oder keyn entschuldigung auff jnen tragen, das alles zu lang zu schreiben und zu er-

klären war, und dem gemeynen mann auch irrig und ergerlich sein möcht, wo solchs alles inn dieser ordnung solt begriffen werden. Hierumb so diser sach eyne für den Richter und urtheyler kompt, sollen sie bei den *rechtverstendigen* — radts gebrauchen.“

Demnach ist nur noch zu bemerken, dass, ungeachtet der von dem Art. 137 auf den in Jechheit und Zorn verübten Todschlag gedrohten *Schwerdtstrafe*, für den vom Ehemann wider den Ehebrecher verübten Todtschlag, gemäss der bekannten Regel: „Lex posterior generalis non derogat priori speciali,“ auch nach der Carolina die mildere Strafe des Römischen Rechts geblieben ist, und daher in diesem Falle auch noch heutiges Tages gemeinrechtlich der *Impetus doloris* von der Todesstrafe befreit; was um so entschiedener anzunehmen ist, als der Art. 104 der P. G. O. ausdrücklich besagt, dass, wo das Kaiserliche Recht eine Todesstrafe nicht zulasse, die P. G. O. auch keine festgesetzt habe. —

Aus dem seither Ausgeführten erhellt, dass die P. G. O. Karl des V. in Übereinstimmung mit dem gemeinen Römischen Rechte bei der Beurtheilung absichtlicher Tödtungen den etwaigen *Impetus*, oder die *Jähheit* berücksichtigt wissen will; ohne jedoch über die Frage, *wann* eine solche *Jähheit*, ein *Impetus* im Gegensatze des *Vorsatzes*, der *Überlegung*, des *Propositum* vorhanden sey, nähern Aufschluss zu geben, dieses vielmehr dem vernünftigen richterlichen Ermessen überlassend. Offenbar ist nun aber der Richter schon nach allgemeinen Regeln der Interpretation genöthigt, diese Frage zunächst im Sinn und Geiste der Römer und

des Römischen Rechts, woher diese Unterscheidung stammt, und welches hierin noch immer die gemeine Rechtsnorm bildet, zu beantworten und dieses um so mehr, als hiervon die genauere wissenschaftliche Unterscheidung der gemeinrechtlichen Begriffe von *Mord* und *Todschlag* zunächst wesentlich abhängt. — Dieses führt uns zu folgenden Betrachtungen:

1. Wo es sich um allgemeine philosophische Grundsätze oder um psychologische Überzeugungen der Römer in der Erklärung des gesammten Römischen Rechtes handelt, werden wir zunächst an die Lehren und Grundsätze der *Stoa* gewiesen. Vortrefflich äussert sich hierüber:

> *Welcker*, die Universal- und die juristisch-politische Encyclopädie und Methodologie, Stuttgart, 1829, S. 65 ff;

aus dessen treffenden Bemerkungen wir nur folgende hervorheben:

> „Nach der Natur der Sache und dem einstimmigen Zeugniss der Alten, namentlich auch des *Cicero*, der selbst in dem Praktischen sich zu den Grundsätzen der *Stoa* bekannte, entsprach diese Philosophie vorzugsweise dem bessern praktischen RömerSinn, dem damaligen Standpunkt und Bedürfniss Roms und der Welt, und insbesondere dem der classischen Römischen Juristen. — Sie vereinigte, vorzüglich in practischer Hinsicht, das am Meisten Bewährte und dem gesunden Menschensinn Entsprechende der besseren bisherigen Philosophieen. — Zugleich aber wirkte diese Philosophie besonders heilsam zur würdigeren Auffassung des, zum Weltreich übergehenden Römischen Staats, und dazu, *um die Alt Römische Welt- und*

Rechtsansicht immer mehr der Christlichen zu nähern und zuzubilden, wie sichtbar im späteren Römischen Recht mehr und mehr geschieht. Sie wird hier — das Mittelglied zwischen alter und neuer Welt. Eine, den Juristen entsprechende Eigenthümlichkeit der Behandlung war das eifrige Streben der Stoa *nach möglichster Allgemeinverständlichkeit und allgemeiner Zustimmung*, nach Sicherung ihrer würdigen praktischen Grundsätze gegen alle Nebel der Speculation, wie gegen die Angriffe der Skepsis. So wagten sie es, die ganze Philosophie auf *Erfahrung* gründen zu wollen, *auf allgemein anerkannte Wahrheiten*, so viel wie möglich auf *allgemeinen Consensus der Menschen und Völker*. — Besonders folgenreich aber erwies sich die Stoische Grundansicht, das praktische Gesetz *als ein Naturgesetz anzusehen*, und umgekehrt, und so das *naturgemässe Handeln* und die consequenteste Harmonie — als Erkenntniss-Princip und Zielpunkt des praktischen Strebens zu betrachten, und so der *Ethik* die *Physiologie* zur Grundlage zu geben. Hierdurch erhält — das Schöpfen und Entwickeln der Natur des Rechts aus der Natur der Dinge, insbesondere aber *aus der des Menschen*, (eine bestimmtere Bedeutung). Es erklärt sich hieraus aufs Neue auch die bewunderungswürdige Festigkeit und mathematische Folgerechtigkeit, die Wissenschaftlichkeit der Römischen Jurisprudenz, die bei den Neuern nirgends vorhandene Übereinstimmung der Rechtsgelehrten. Da die *Stoiker* bei ihrer lebendigen Auffassung,

als zum Wesen aller Dinge gehörig, neben dem Inhalte besonders auch stets die bestimmte individuelle technische *Form* derselben — scharf ins Auge fassten und festhielten, — so erhielt zunächst auch aus diesem Grunde ihr und unsrer Juristen ganzes Wissen *die bewundernswürdige Lebendigkeit und plastische Vollendung.* Es lebte jedes Institut und behauptete seine individuelle Gestalt und Natur. — Mit der lebendigen Auffassung der Dinge und ihres ganzen *lebendigen Zusammenhanges* war auch das verbunden, dass die Römischen Juristen stets zugleich die geschichtliche Natur und Entwicklung, wie die praktische Wirkung der Dinge als zu ihnen selbst gehörige Bestandtheile ihres Seyns und ihres Erkennens betrachteten, dass sie in lebendiger Auffassung der theoretisch-praktischen GrundIdee, des lebendigen Mittelpunktes der Institute, so wie ihrer äussern Natur und zugleich ihrer genetischen Entwicklung, *alle die einzelnen Momente lebendig vereinigten und vermittelten, welche die Neuen nur zu oft auseinander reissen und feindlich gegenüberstellen.*"

Aus dem Angeführten erhellt, dass diese Philosophie nicht bloss in theoretischer, sondern auch in praktischer Beziehung für den heutigen Richter und Rechtsgelehrten, welcher das Römische Recht in seinem wahren Sinne und Geist und im lebendigen Zusammenhange mit den Grundsätzen und Ansichten, unter deren Einfluss es sich gebildet hat, erkennen und anwenden will, eine Bedeutung und Wichtigkeit hat, wie

keine der vielen neuern, sich widerstreitenden philosophischen Systeme. Während hinsichtlich dieser von einer praktischen Benutzung ihrer Lehren und Grundsätze nur selten und nur mit der grössten Auswahl und Umsicht die Rede seyn kann, sind die, der *naturalis ratio* angehörenden Römischen Rechtsbestimmungen immer in ihrer lebendigen Wechselwirkung mit den Lehren der Stoa aufzufassen und aus ihnen zu interpretiren und näher zu bestimmen.

Von diesem Gesichtspunkte ausgehend, bedarf es dann keiner weitern Rechtfertigung, wenn eine nähere Aufklärung des Gegensatzes zwischen *Propositum* nnd *Impetus* bei der Verübung der Verbrechen zunächst und vorzugsweise in den Lehren der *Stoa* gesucht wird.

Die allgemeinsten Grundsätze der Stoischen und überhaupt der alten Philosophie über die hier in Frage gestellten Begriffe, besonders über den *Impetus*, finden wir bei *Cicero*. Wir entlehnen aus ihm Nachfolgendes:

„Sowohl in Betreff des Leibes, als der Seele ist ein bleibender und in seiner Art vollendeter Zustand, *Habitus*, und eine temporäre Veränderung, *Affectio*, zu unterscheiden. (*Cicero*, de inventione, I, 25: „*Habitum* autem appellamus animi aut corporis *constantem et absolutam* aliqua in re *perfectionem*: ut virtutis aut artis perceptionem alicujus. *Affectio* est animi aut corporis *ex tempore*, aliqua de causa, *commutatio*, ut laetitia, cupiditas, metus, molestia, morbus, debilitas, etc.“) Die Affecte sind gut oder böse. Letztere werden unter dem Namen der *Perturbationen* begriffen.

Wenn diese durch die Ratio, die Vernunft, überwunden sind, gelangen jene zur Herrschaft. Der Antrieb irgend eines guten oder bösen Affectes, etwas ohne weiteres Nachdenken zu thun, ist der *Impuls.* (*Cicero*, de invent. II, 5: „*Impulsio* est, quae sine cogitatione per quandam affectionem animi facere aliquid hortatur, ut amor, *iracundia*, aegritudo, *vinolentia*, et omnino omnia, *in quibus animus ita videtur affectus fuisse, ut rem perspicere cum consilio et cura non potuerit, et id quod fecit, impetu quodam animi potius, quam cogitatione fecerit.*") Dem Impuls steht gegenüber die *Ratiocinatio*, das sorgfältige Nachdenken („*diligens et considerata faciendi aliquid aut non faciendi excogitatio.*" *Ibid.*). Dieser Gegensatz tritt besonders in allen widerrechtlichen Handlungen uns entgegen, hinsichtlich deren diejenigen, welche durch eine Perturbation oder einen plötzlichen Antrieb der Seele herbeigeführt werden, milder anzusehen sind, als welche, erwogen und bedacht, absichtlich und vorbereitet geschehen. (*Cicero*, de officiis, I, 8: „Sed in omni injustitia permultum interest, utrum perturbatione aliqua animi, quae plerumque brevis est et ad tempus, an consulto et cogitate fiat injuria. Leviora enim sunt ea, quae repentino aliquo motu accidunt, quam ea, quae meditata et praeparata inferuntur.") Wo es sich daher um die *richterliche Würdigung* einer unerlaubten That handelt, wird die Frage vor allen in Betracht kommen, ob die Handlung aus einer *Impulsio*, oder *Ratiocinatio* hervorgegangen sey; welche Frage ebendeshalb auch für den Gerichtsredner, und zwar sowohl

für den Ankläger, als Defensor von grösster Wichtigkeit ist. (*Cicero*, de inventione, II, 5, 6: „Nam nihil factum esse cuiquam probatur, nisi aliquid, quare factum sit, ostenditur. Ergo accusator, quum *impulsione* aliquid factum esse dicat, *illum impetum, et quandam commotionem animi affectionemque* verbis et sententiis amplificare debebit, et ostendere, quanta vis amoris sit, *quanta animi perturbatio ex iracundia fiat*, aut ex aliqua causa earum, qua *impulsum aliquem id fecisse* dicet. Hic et exemplorum commemoratione, qui simili impulsu aliquid commiserint, et similitudinum collatione et *ipsius animi affectionis explicatione*, curandum est, *ut non mirum videatur*, *si quod ad facinus tali perturbatione commotus animus accesserit.* — Quum autem non impulsione, verum *ratiocinatione* aliquem commisisse quid dicet, quid commodi sit secutus, aut quid incommodi fugerit, demonstrabit, et id augebit, quam maxime poterit, ut quoad ejus fieri possit, idonea quam maxime causa ad peccandum hortata videatur. — Et hoc cum magno opere considerare oportebit, non quid in *veritate* modo, *verum etiam vehementius, quid in opinione ejus, quem arguet, fuerit.* — — Defensor autem ex contrario primum impulsionem aut nullam fuisse dicet, aut, si fuisse concedat, *extenuabit, et parvulam quandam fuisse demonstrabit*, aut non ex ea solere hujusmodi facta nasci docebit. Quo erit in loco demonstandum, *quae vis et natura ejus sit affectionis*, *qua impulsus* aliquid reus commisisse dicetur. — *Ratiocinationis* autem suspiciones infirmabit, si aut commodum nullum fuisse aut parvum *etc.* dicet.“)

Eine speciellere Übersicht der Stoischen Lehre von den Perturbationen gibt *Cicero, Tuscul. disput.* IV, 5—14. Wir bemerken hieraus noch Folgendes:

„*Πάθος* oder *Perturbatio* ist jede von der Vernunft, der Ratio, abgewandte, der Natur widerstreitende Bewegung der Seele, („aversa a recta ratione, contra naturam, animi commotio.“) Aus zwei scheinbaren Gütern und zwei scheinbaren Übeln der Zukunft und Gegenwart gehen die vier Hauptarten der Perturbationen hervor: *Libido, Laetitia, Metus* und *Aegritudo* (*Betrübniss*), mit ihren vielen Unterarten; denen als drei aus der Ratio hervorgehende *Constantiae* (rationelle Affecte): *Voluntas, Gaudium,* und *Cautio* gegenüberstehen. („*Voluntas est, quae quid cum ratione desiderat.*“) Auch die Perturbationen geschehen aber nach eigenem Entschliessen und Meinen (*judico* et *opinione*) und stehen insofern als *voluntariae* in unserer Gewalt. Ihre Quelle ist die *Intemperantia,* („quae est *a tota mente et a recta ratione defectio*, sic aversa a praescriptione rationis, ut nullo modo appetitiones animi nec regi, nec contineri queant, — omnem animi statum inflammat, conturbat, incitat.“) Wenn die durch sie herbeigeführte Hitze und Aufregung des Gemüths sich der Seele bleibend mittheilt, erkrankt dieselbe. („Quum hic fervor concitatioque animi *inveteraverit et tanquam in venis medullisque insederit*, tum exsistit et *morbus et aegrotatio.*“) Wenn z. B. die entstandene Begierde nach Geld nicht sofort durch die Ratio, als eine *Socratische Arzeney*, geheilt wird, und sie gleichsam ins Fleisch und Blut übergeht, so entsteht der schwer zu vertreibende *Geiz*. Verschieden von diesen, *nach Analogie der leiblichen*

Krankheiten zu beurtheilenden *Seelenkrankheiten* ist die blosse *Neigung zu bösen Affecten,* die *Proclivitas,* welche der Neigung zu *guten,* der *Facilitas,* entgegen steht. Wenn sich jedoch ein mehr oder minder habitueller Verfall des ganzen Seelenlebens theils in bestimmten Seelenkrankheiten, theils im Mangel an aller innern Harmonie (in der *Inconstantia* und *Repugnantia*) offenbart, so ist eine *Vitiositas animi* begründet („habitus aut affectio in tota vita inconstans et a se ipsa dissentiens“). Davon sind noch verschieden die einzelnen bleibenden fehlerhaften Neigungen, die *Vitia,* die zu den Perturbationen nicht gerechnet werden dürfen. („Vitia enim affectiones sunt *manentes,* perturbationes autem *moventes.*“) Indem nun aber alle Perturbationen, so wie alle Seelenkrankheiten aus der Verachtung der Ratio hervorgehen, liegt allen eine Verschuldung, eine *Culpa,* zum Grunde.“ —

Im Betreff des, für den vorliegenden Rechtsfall besonders wichtigen *Impetus irae* ist noch zu bemerken, dass als Unterarten der *Libido* insbesondere genannt werden: *Ira* (Libido poeniendi ejus, qui videatur laesisse injuria), *Excandescentia* (Ira nascens et modo existens), *Odium* (Ira inveterata), *Inimicitia* (Ira ulciscendi tempus observans), *Discordia* (Ira acerbior, intimo odio et corde concepta).

Auch aus den ausführlichen Erörterungen des Stoikers *Seneca: de Ira,* möge Einiges angeführt werden, was zugleich die Stoische Lehre von den Affecten in ihrer weitern Entwicklung zeigt; wobei wir nur noch bemerken, dass *Seneca* mit dem allgemeinern Namen der *Affecte* vorzugsweise die *Perturbationen* bezeichnet, und

letzterer Ausdruck schon bei ihm als ausser Gebrauch gekommen erscheint. —

„Von allen Affecten ist der Zorn am Meisten zu fürchten, weil er von allen der schändlichste und heftigste ist. („Ceteris enim aliquid quieti placidique inest; hic totus concitatus et *in impetu doloris* est: *armorum, sanguinis, suppliciorum, minime humana fervens cupiditate: dum alteri noceat, sui negligens,* in ipsa irruens tela, et ultionis secum ultorem tracturae avidus.“ I, 1.) Einige haben daher den Zorn einen kurzen Wahnsinn (*brevem insaniam*) genannt. („Aeque enim *impotens sui est,* decoris oblita, necessitudinum immemor, in quod coepit, pertinax et intenta, rationi consiliisque praeclusa, vanis agitata causis, ad dispectum aequi verique inhabilis, ruinis simillima, quae super id, quod oppressere, franguntur.“ I, 1.) Schon der äussere Anblick des Zornigen beweist, dass er nicht gesunden Geistes, nicht *Sanus,* sey. — Der Zorn ist die heftige Begierde, das erlittne Unrecht zu bestrafen (*Cupiditas poenae exigendae*), nach *Aristoteles* die Begierde, den Schmerz zu erwiedern (*Doloris reponendi*). — Der Zorn entsteht nicht von selbst, sondern mit Zustimmung der Seele. („Quaerimus enim, *utrum ira judicio, an impetu incipiat,* id est, utrum *sua sponte* moveatur, an quemadmodum pleraque, quae intra nos *insciis nobis* oriuntur. [Woraus erhellt, dass *Impetus* hier nicht in dem gewöhnlichen Sinne gebraucht ist.] Iram quin species oblata injuriae moveat, non est dubium; sed utrum speciem ipsam *statim* sequatur, *et non accedente animo excurrat,* an *illo assentiente* moveatur, quaerimus. Nobis placet, *nil ipsam per se audere, sed animo approbante.*

Nam speciem capere acceptae injuriae et ultionem ejus concupiscere, et utrumque conjungere, nec laedi se debuisse, et vindicari debere, non est ejus impetus, qui sine voluntate nostra concitatur. Ille simplex est, hic compositus, et plura continens. *Intellexit aliquid, indignatus est, damnavit, ulciscitur; haec non possunt fieri, nisi animus eis, quibus tangebatur, assensus est.*" II, 1.) Eben weil der Zorn in unserer Gewalt, weil er ein „*voluntarium animi vitium*" ist, kann die Vernunft ihn auch bezähmen. Was die Seele nur zufällig erregt, kann kein Affect genannt werden. („Nihil ex his, quae animum fortuitu impellant, affectus vocari debet." II, 3.) Dort *leidet* sie mehr, als dass sie *handelt;* weshalb bei dem Affecte eine *freiwillige Hingabe* erforderlich ist. („Ergo affectus est, non ad oblatas rerum species moveri, sed *permittere* se illis et hunc fortuitum motum *persequi.* Ira non moveri tantum, sed *excurrere* debet. *Est enim impetus; nunquam autem impetus sine assensu mentis est; neque enim fieri potest, ut de ultione et poena agatur, animo nesciente.*" II, 3.) Die erste durch das Unrecht erregte Agitation der Seele ist noch nicht Zorn, sondern erst der *nachfolgende Impulss zur Rache.* („Ergo illa prima agitatio animi, quam species injuriae incussit, non magis ira est, quam ipsa injuriae species; *sed ille sequens impetus*, qui speciem injuriae non tantum accepit, sed approbavit. Ira est *concitatio animi ad ultionem voluntate et judicio pergentis.*" II, 3.) Bei diesen, wie bei den übrigen Affecten ist überhaupt *die erste Bewegung*, gleichsam die Vorbereitung, *unfreiwillig;* allein schon die *zweite* Bewegung in Folge der Vorstellung:

Rache, Strafe sey nöthig, ist eine *freiwillige;* für den aber, der sich nicht rächen will, ist die *dritte* Bewegung bereits entkräftet. Während wir daher dem ersten unwillkührlichen Eindruck nicht durch die Vernunft entgehen können, können und sollen wir die durch das Urtheil erzeugte zweite Bewegung auch durch das eigne Urtheil wieder entkräften. („Et ut scias, quemadmodum incipiant affectus, aut crescant, aut efferantur, est primus motus non voluntarius, quasi praeparatio affectus et quaedam commutatio. Alter *cum voluntate non contumaci,* tanquam oporteat me vindicari, cum laesus sim, aut oporteat hunc poenas dare, cum scelus fecerit. Tertius motus est jam impotens, qui non, si oportet, ulcisci vult: *sed utique, qui rationem evicit. Primum illum animi ictum effugere ratione non possumus. — Alter ille motus, qui judicio nascitur, judicio tollitur*". II. 4.) Von den, den vier Elementen entsprechenden vier Temperamenten ist das feurige dem Zorne am Zugänglichsten. („Oportunissima ad iracundiam fervidi animi natura est. Nam cum elementa sunt quatuor, ignis, aqua, aër, et terra, potestates pares his sunt, frigida, fervida, arida, atque humida. — Refert quantum quisque humidi in se calidique contineat; cujus in illo elementi portio praevalebit, inde mores erunt. Iracundos fervidi mistura faciet: est enim actuosus et pertinax ignis." II, 18, 19.) Der *Wein* aber, der die Hitze vermehrt, entzündet ebendeshalb auch leichter den Zorn, so dass einige nur in der Trunkenheit aufbraussen. („Vinum incendit iram, quia calorem auget pro cujusque natura; quidam ebrii effervescunt, quidam sicci. — Sed in hoc nosse profuit, ut calentibus ingeniis subtrahas vinum.")

Allein nicht bloss die Natur, auch andere Umstände begründen die Neigung zum Zorne, wie Krankheit und körperliches Leiden, Arbeit, Nachtwachen u. dgl.“ —

2. Erwägen wir nun diese Lehre der Alten von den Affecten, so leuchtet es ein, dass nach ihrem Dafürhalten die im Affect unternommenen Handlungen unmöglich straflos seyn konnten, weil allen Affecten ein Entschluss und freiwilliges Verlassen der Ratio, und ebendeshalb eine *Verschuldung*, eine *Culpa*, zum Grunde liegt. Durch den Affect wird daher der rechtliche Grundbegriff eines Verbrechens nicht verändert, und die im Affect begangene Tödtung ist so gut, als die vorbedachte, ein *Homicidium;* weshalb es auch begreiflich ist, warum in den alten legitimis Judiciis die Perturbatio unberücksichtigt blieb und keine Abänderung der Poena legitima zur Folge hatte. Je mehr die Stoischen Ansichten die spätere Jurisprudenz und Gesetzgebung durchdrangen, je mehr daher auch die Pflicht, durch die Ratio die Perturbatio zu überwinden, allgemein anerkannt wurde, desto weniger konnten jene geneigt seyn, der *Perturbatio* und *Impulsio* das Wort zu reden, oder gar die Behauptung aufzustellen, dass zu jedem Verbrechen eine *Ratiocinatio*, eine vorhergehende besonnene Überlegung, erforderlich sey.

Nur in den Fällen, wo *der erste unwillkührliche Eindruck* eines unverschuldeten Leidens so stark und heftig ist, dass er fast eine Lähmung der Ratio begründet, und wo nur bei einer seltenen Festigkeit und Ausbildung der Temperantia eine Überwindung desselben durch die Ratio möglich ist, konnte man mit billigender Zustimmung der Stoa den *„Impetus justissimi*

doloris" in mildernde Erwägung ziehen. Allein weil doch immer der Impetus als solcher „*Assensu mentis*" geschieht, so durfte auch hier von keiner *Entbindung* von der Strafe, sondern nur von einer *Milderung* die Rede seyn. Aus dem oben über die Bestrafung des Ehemannes, der Impetu doloris den Ehebrecher tödtet, Mitgetheilten erhellt, mit welchem Ernste selbst in diesem Falle das Strafamt geübt ward, so dass der Römischen Gesetzgebung und Jurisprudenz wahrlich nicht der Vorwurf des Leichtsinnes trifft. Auch beweisen die wenigen Fälle, in denen einer Strafmilderung in Berücksichtigung des Impetus doloris im Römischen Rechte gedacht wird, wie man auch hier, wie überall, diese offenbare Ausnahme von der Regel nur mit der grössten Umsicht und möglichsten Beschränkung zuliess. — Selbst aus der oben angezogenen Stelle bei *Cicero* (de inventione, II, 5,), welche nur eine Anweisung für den *Redner* enthält, der, wie das eigne Beispiel *Ciceros* lehrt, in jenen turbulenten Zeiten der Republik so oft darauf bedacht seyn musste, die *Affecten* des Mitleides oder Hasses bei den Richtern zu erregen, und ebendeshalb die *Impulsio*, oder die *Ratiocinatio* des Verbrechers geltend zn machen, erhellt, wie nur von der lebhaften Darstellung der *Grösse und Heftigkeit* des Affectes eine Abweichung von dem Grundsatze, dass „Motus animi et Perturbatio" des Verbrechers nicht zu berücksichtigen sey, zu erwarten stand. Wie demnach das Römische Recht von jedem Bürger in Betreff des erforderlichen VermögensSchutzes gegen widerrechtliche Beschädigungen „*Diligentia, quam hominum natura desiderat,*" in Anspruch nahm, und davon den Begriff der *Culpa* und des *Damnum injuria*

datum abhängig machte (Cf. l. 32. D. 16, 3, *Depositi,*); so forderte dasselbe auch diese nämliche *Diligentia*, *quam hominum natura desiderat*, von jedem Bürger hinsichtlich der Unterdrückung aller, dem Staate und seinen Gliedern möglicher Weise gefährlich werdenden Affecten und Perturbationen, und jeder, der es an dieser Diligentia hatte fehlen lassen und von seinen Affecten und Leidenschaften zu einem Verbrechen fortgerissen worden war, musste dem Staate die gesetzmässige Genugthuung leisten, welche Humanitatis causa nur in seltenen Fällen die erwähnte Milderung erlitt. Wer aber *Jure* oder *Casu* gehandelt hatte, war von jeder öffentlichen Bestrafung gänzlich frei. — Bei diesem höchst beschränkten Einflusse, der dem Affecte auf die Strafmilderung gestattet wurde, ist es nun auch sehr begreiflich, dass die Grenze zwischen der Impulsio und der Ratiocinatio für den Römischen Juristen als solchen eine sehr untergeordnete Bedeutung haben musste; indem es in rechticher Hinsicht gleichgültig war, ob noch ein *Affect*, eine *Perturbatio*, zur Zeit der Handlung obgewaltet hatte, ob diese daher *Impulsione* geschehen, oder ob statt des blossen Affectes bereits eine *Aegrotatio*, ein *Morbus animi*, eine *Leidenschaft* begründet, und aus dieser, in Folge ruhiger Überlegung, oder einer *Ratiocinatio*, die That hervorgegangen war. Denn in beiden Fällen trat ja in der Regel gleiche Strafe ein, und der Römische Jurist war weit davon entfernt zu verlangen, dass ein Homicidium oder irgend ein anderes Verbrechen bei kaltem Blute ruhig überlegt und beschlossen seyn müsse, wenn die gesetzliche Strafe eintreten sollte. *Allein die Grösse und Heftigkeit des Affectes* bot ein

rechtliches Interesse dar, in welcher Hinsicht sich aber der Natur der Sache nach keine scharfe Grenze a priori ziehen liess. Denn jede, im Affecte auch in dem heftigsten, unternommene Handlung war *„Mente animi,“* oder *„Judicio et Opinione“* unternommen. Von einer eigentlichen *Volantas* war aber nur im Betreff *rationeller* Handlungen die Rede; die *Ratiocinatio* setzte völlige Affectlosigkeit voraus; so dass demnach die *Mens*, das *Judicium*, die *Opinio*, der *Wille* im weitern Sinne, keine bestimmte specifische Grenze zwischen den heftigen und minderheftigen Affecten begründen konnte. Nur die Grösse und Heftigkeit *des unwillkührlich empfangenen ersten Eindruckes* konnte ein MaassStab der Beurtheilung abgeben; allein für die Würdigung dessen liessen sich keine allgemeinen Regeln geben, sondern es musste dem Richter überlassen bleiben, nach der Lage der Umstände die Heftigkeit des Eindruckes und daher die Grösse der Impulsio zu ermessen. Dass jedoch nur der *heftige* Impuls beachtet werden solle, bezeichnet auch der, von den Philosophen nur allgemein, von den Juristen jedoch *technisch* gebrauchte Ausdruck *Impetus.* Da ohnehin jede affectvolle Handlung *Mente animi* geschah, so konnten die Juristen nun auch füglich alle übrigen affectvollen Handlungen mit denen, welche kaltblütig verübt wurden, nach vorgängiger Ratiocinatio, in die Eine Klasse der *Proposito* verübten Verbrechen zusammenstellen. (Cf. l. 11, D. 48, 19. *De poenis.*) Übrigens musste es sich nach dem Begriff des Impetus von selbst verstehen, dass derselbe nur da überall anerkannt werden konnte, wo gleich auf den empfangenen ersten unwillkührlichen heftigen Eindruck auch

die affectvolle Handlung erfolgt. Wo dagegen geraume Zeit zwischen diesem empfangenen Eindruck und der Handlung verflossen war, da konnte allenfalls noch von einer *Perturbatio* im Gegensatz der *Aegrotatio*, oder des *Morbus*, der tiefer begründeten Leidenschaft, die Rede seyn, aber nicht mehr von einem, eine Strafmilderung bewirkenden *Impetus*, weil inzwischen der erste Eindruck wesentlich geschwächt, und das Gemüth sich gesammelt haben musste, so dass jetzt eine Überwindung der Perturbatio durch die Ratio wieder um so entschiedener verlangt und eine verbrecherische That mit der ganzen Schwere des Gesetzes bestraft werden musste.

Dass nun aber zu denjenigen Affecten, welche vorzugsweise einen heftigen Ausbruch, einen *Impetus* zu begründen vermögen, vor allen der *Zorn*, die *Ira*, gehört, erhellt schon aus dem oben bezeichneten Wesen dieses Affectes. Die Ira nämlich, als die „Libido poeniendi ejus, qui videatur laesisse injuria", beruht auf den schmerzhaften ersten unwillkührlichen Eindruck des zugefügten Unrechts, welcher Eindruck um so grösser seyn muss, wenn das Unrecht uns selbst oder unsern nächsten Angehörigen widerfährt, wenn es unsere theuersten Güter und Interessen, z. B. Ehre und Unverletzlichkeit unserer Person betrifft, wenn es auf eine so hämische und boshafte Weise geschieht, dass das uns inwohnende Rechtsgefühl uns die Nothwendigkeit der schnell und unmittelbar folgenden Strafe vorhält, wenn das erlittene Unrecht sich uns so gross darstellt, dass nur durch eine, schnell wie der Blitz auf das Haupt des Schuldigen fallende Strafe, dasselbe ausgeglichen werden zu können scheint. Daher redet denn nicht nur

die Stoa, sondern auch die Römische Gesetzgebung in den obenangezogenen Stellen über die Tödtung des Ehebrechers durch den beschimpften Ehemann mit Recht von dem, in Fällen des heftigen Zornes eintretenden *Impetus doloris.* — Jedoch ist nicht zu übersehen, dass nicht jedes erlittne Unrecht, wenn es auch an sich noch so gross ist, nothwendig eine *Impetu doloris* unternommene Handlung zur Folge hat. Freilich wird ein offenbar erlittnes Unrecht gar leicht, wenn dem nicht eine grosse Selbstbeherrschung oder ein bedeutendes Pflegma entgegensteht, eine *Perturbatio* zur Folge haben. Allein sehr oft gewinnt doch die Ratio, ehe noch eine unerlaubte That erfolgt, wieder die Herrschaft, oder die Zeit tritt, besonders bei sanguinischen Temperamenten, mildernd dazwischen. Bisweilen jedoch hat das erlittne Unrecht eine weit schlimmere Folge. Wenn dasselbe nämlich nicht eine gesunde, sondern eine, bereits an einer gefährlicheren Art der Ira erkrankte Seele trifft, die entweder an einem Odium, oder einer Inimicitia, oder einer Discordia und zwar gegen dieselbe Person des Thäters leidet, so vergiftet die neue Beleidigung, das von Neuem vielleicht wiederholt zugefügte Unrecht die Seele nur immer entschiedener; eine Ruhe und Überlegung anderer Art beschwichtigt die Aufwallung, aber nur, um die traurige Frucht der Seelenkrankheit zu gebähren, den in der vergifteten Seele mit böser Ratiocinatio ausgesonnenen *Racheplan.* —

b. Wenn nun gleich, wie gezeigt worden ist, die Frage, wovon der Gegensatz zwischen *Propositum* und *Impetus, Vorsatz* und *Jähheit,* abhängt, sich schon nach Römischer Philosophie und Römischem Rechte im Ganzen genügend

beantworten lässt, so ist es doch nach dem heutigen Standpunkte unserer Criminal Rechtspflege unvermeidlich, auch die Aussprüche unserer ausgezeichnetsten neueren Philosophen und Psychologen über diesen Gegensatz und seine psychologische Bedeutung kürzlich zu vernehmen, wobei wir uns jedoch darauf beschränken müssen, vorzüglich diejenigen Bemerkungen aufzunehmen, welche uns auf richtiger psychologischer Beobachtung zu beruhen scheinen, und welche in psychologischer Hinsicht ein grösseres Licht über den Gegensatz von Mord und Todschlag überhaupt und über den zur Beurtheilung stehenden Fall insbesondere werfen. Ohne dass wir uns hier auf eine Kritik der leitenden allgemeinern Ansichten und Grundsätze der neuern Philosophen und Psychologen einlassen können, bemerken wir nur, dass die Stoische Philosophie in dem oben Mitgetheilten uns einen festen Standpunkt für die Beurtheilung darzubieten scheint. — Wenn wir nun demnächst auch die Darstellungen unserer neuern Criminalisten über die hier in Betracht kommenden Lehren einer Betrachtung unterwerfen, so wird freilich eine rechtswissenschaftliche Beurtheilung und Würdigung derselben unvermeidlich, woran sich dann zugleich eine weitere Entwicklung der schon oben angedeuteten Grundsätze anreihen lässt, welche für die rechtliche Beurtheilung des vorliegenden Falles wichtig werden.

α. Was nun zunächst die neuern psychologischen Betrachtungen über *Vorsatz* und *Jähheit* betrifft, so schliessen sich diese grösstentheils an die Untersuchungen über *Leidenschaften* und *Affecte* an. Wir heben folgende besonders hervor:

1. *Kant*, der Gründer der neuern Philosophie, unterscheidet in seiner *Anthropologie in pragmatischer Hinsicht*, *Königsberg*, 1798, neben dem Erkenntnissvermögen und dem Gefühle der Lust und Unlust noch das *Begehrungsvermögen* des Menschen, und handelt bei diesem von den Affecten und Leidenschaften. „§. 63. *Begierde* (Appetitio) ist die Selbstbestimmung der Kraft eines Subjects durch die Vorstellung von etwas Künftigem, als einer Wirkung derselben. Die *habituelle* sinnliche Begierde heisst *Neigung*. — Die durch die Vernunft des Subjects schwer oder gar nicht bezwingliche Neigung ist *Leidenschaft*. Dagegen ist das Gefühl einer Lust oder Unlust im gegenwärtigen Zustande, welches im Subjecte die *Überlegung* (die Vernunftvorstellung, ob man sich ihm überberlassen, oder weigern solle,) nicht aufkommen lässt, der *Affect*. Affecten und Leidenschaften unterworfen zu seyn, ist wohl immer *Krankheit* des Gemüths, weil beides die Herrschaft der Vernunft ausschliesst. Beide sind auch gleich heftig dem Grade nach (?); was aber ihre Qualität betrifft, so sind sie wesentlich von einander verschieden, sowohl in der Vorbeugungs-, als in der HeilMethode, die der Seelenarzt dabei anzuwenden hätte. §. 64. Der *Affect* ist *Überraschung durch Empfindung*, wodurch die Fassung des Gemüths (animus sui compos) aufgehoben wird. *Er ist also übereilt*; d. i. er wächst geschwinde zu einem Grade des Gefühls, der die Überlegung unmöglich macht (ist unbesonnen). — *Was der Affect des Zornes nicht in der Geschwindigkeit thut, das thut er gar nicht* und er vergisst leicht. *Die Leidenschaft des Hasses aber nimmt sich Zeit*, um sich tief einzuwurzeln und es seinem Gegner

zu denken. — Die Leidenschaft (als zum Begehrungsvermögen gehörige Gemüthsstimmung) lässt sich Zeit *und ist überlegend*, so heftig sie auch seyn mag, *um ihren Zweck zu erreichen.* Der Affect wirkt wie ein Wasser, was den Damm durchbricht. Die Leidenschaft wie ein Strom, der sich in seinem Bett immer tiefer eingräbt. — Wo viel Affect ist, da ist gemeiniglich wenig Leidenschaft. — *Affecten sind ehrlich und offen, Leidenschaften dagegen hinterlistig und versteckt.* — Affect ist wie ein *Rausch*, der sich ausschläft; Leidenschaft als ein *Wahnsinn* anzusehen, der über einer Vorstellung brütet, die sich immer tiefer einnistelt. Wen der Affect wie ein Raptus anzuwandeln pflegt, der ist — einem Gestörten gleich; *weil es ihn aber schnell darauf reuet*, so ist es nur ein Paroxism, den man mit Unbesonnenheit betitelt. §. 65. Das *Princip* der *Apathie*, dass nämlich der Weise niemals in Affect seyn müsse, ist ein ganz richtiger und erhabener moralischer Grundsatz der *Stoischen* Schule; denn der Affect macht (mehr oder weniger) blind. — Die *Naturgabe* einer *Apathie*, bei hinreichender Seelenstärke, ist das glückliche *Phlegma* (im moralischen Sinne). — Überhaupt ist es nicht die Stärke eines gewissen Gefühls, welche den Zustand des Affects ausmacht, sondern der Mangel der Überlegung, dieses Gefühl mit der Summe aller Gefühle (der Lust oder Unlust) in seinem Zustande zu vergleichen. — §. 68. Affecten, die sich selbst in Ansehung ihres Zweckes schwächen (impotentes animi motus), sind *Zorn* und *Schaam*, plötzlich erregte Gefühle eines Übels als Beleidigung, die aber durch ihre Heftigkeit zugleich unvermögend machen, es abzuwehren. Wer ist

mehr zu fürchten, der welcher im heftigen Zorn *erblasst*, oder der hierbei *erröthet?* Der Erstere ist auf der Stelle zu fürchten, der zweite desto mehr hinterher (der Rachgier halber). — §. 70. Man sieht leicht ein, dass Leidenschaften, weil sie sich mit der ruhigsten Überlegung zusammenpaaren lassen, mithin nicht unbesonnen seyn dürfen, wie der Affect, daher auch *nicht stürmisch und vorübergehend*, sondern sich einwurzelnd, selbst mit dem Vernünfteln zusammen bestehen können, — der Freiheit den grössten Abbruch thun, und wenn der Affect ein *Wunsch* ist, die Leidenschaft eine *Krankheit* sey, welche alle Arzeneymittel verabscheut, und daher weit schlimmer ist, als alle vorübergehende Gemüthsbewegungen, die doch wenigstens den Vorsatz rege machen, *sich zu bessern;* statt dessen die letztere eine Bezauberung ist, *die auch die Besserung ausschlägt.* — §. 71. Der Affect thut einen augenblicklichen Abbruch an der Freiheit und der Herrschaft über sich selbst. Die Leidenschaft gibt sie auf und findet ihre Lust und Befriedigung am Sclavensinn. — §. 73. Da Leidenschaften nur von Menschen auf Menschen gerichtete Neigungen seyn können, so fern diese — Liebe oder Hass sind; der Rechtsbegriff aber — ein weit wichtiger und den Willen weit stärker bewegender Antrieb ist, als der des Wohlwollens; so ist *der Hass aus dem erlittnen Unrecht*, d. i. *die Rachbegierde*, eine Leidenschaft, welche aus der Natur des Menschen unwiderstehlich hervorgeht, und, so bösartig sie auch ist, doch durch die Maxime der Vernunft, vermöge der erlaubten *Rechtsbegierde*, deren Analogon jene ist, mit der Neigung verflochten, und eben dadurch eine der heftigsten und dem Tiefsten

sich einwurzelnden Leidenschaften, *die, wenn sie erloschen zu seyn scheint, doch immer noch insgeheim einen Hass, Groll genannt, als ein unter der Asche glimmendes Feuer, überbleiben lässt.*"

2. *Maass, Versuch über die Leidenschaften*, 2 *Theile, Halle*, 1806 u. 1807, Th. 1, §. 6: „Das Vermögen, das, was in der Seele ist, oder geschieht, zu emfinden, heisst bekanntlich der *innere Sinn*, und jede Empfindung desselben eine *innere Empfindung*. Ein Zustand, wo eine starke innere Empfindung existirt, und der innere Sinn also sehr merklich *afficirt* ist, wird, wie auch die Abstammung des Wortes andeutet, ein *Affect* genannt. Wer z. B. in heftigen Zorn geräth, der wird dadurch in Affect gesetzt. Denn dieser Zorn afficirt seinen innern Sinn sehr merklich. — Die Empfindungen überhaupt und die innern insbesondere, werden durch lange Dauer und durch häufige, zumal ununterbrochene Wiederholung ihrer Natur nach unvermeidlich geschwächt. — Dieser Erfolg zeigt sich um so eher, je heftiger die Empfindungen sind. — Man darf daher von einem Affect nicht fürchten, *dass er, einem anschwellenden Strome gleich, immerfort wachsen, oder auch nur in einer einmal erreichten beträchtlichen Höhe sich lange erhalten werde. Vielmehr schwächt er nothwendig sich selbst, wenn er längere Zeit fortdauert, oder oft wiederholt wird.* — §. 7. Wenn wir in Leidenschaft sind, so geschieht es oft, wie die Erfahrung lehrt, dass wir zu denjenigen Handlungen, wozu die Leidenschaft uns treibt, unwillkührlich hingerissen werden, auch wenn dieselben der Vernunft zuwider sind, und von ihr also nicht ge-

stattet werden können. — Aber nicht jede Leidenschaft überwältig und beheherrscht die Vernunft wirklich. — *Leidenschaft* heisst also ein Begehren, welches so stark ist, dass es die Vernunft beherrschen kann. — §. 10. Von den Affecten sind die Leidenschaften specifisch unterschieden. Denn ein Affect ist keinesweges eine Thätigkeit des Begehrungsvermögens, wie eine Leidenschaft, sondern ein Gemüthszustand, wo der innere Sinn durch eine stärkere Empfindung afficirt ist. — Jede Leidenschaft ist ein heftiges sinnliches Begehren, also eine starke, sehr bemerkbare Gemüthsveränderung. Sie muss daher auf den innern Sinn, als welcher Alles, was in der Seele vorgeht, empfindet, mit vieler Stärke wirken, und folglich — einen Affect erzeugen, wofern nicht etwa der innere Sinn so abgespannt ist, — dass er den Eindruck nicht gehörig auffassen kann. Demnach wird es zwar gewöhnlich, aber doch nicht nothwendig der Fall seyn, dass eine Leidenschaft uns in Affect setzt. — Der Affect wird in der Regel eine Leidenschaft erzeugen. Denn wenn eine innere Empfindung im höhern Grade angenehm oder unangenehm ist, so muss auch ihre Fortdauer von der Sinnlichkeit im höhern Grade, also leidenschaftlich begehrt oder verabscheut werden. — Ein Affect ist als solcher *gar keine auf irgend einen Zweck gerichtete Thätigkeit;* sondern bloss eine unwillkührliche Aufwallung und Exaltation der innern Empfindung. *Er verfliegt daher, sobald die Wärme der innern Empfindung nachlässt.* Eine *Leidenschaft* hingegen ist allemal auf einen *Zweck* gerichtet; *sie strebt das Seyn oder Nichtseyn von etwas zu bewirken.* Daher kann sie, ohne nachzulassen, so lange

fortdauern, bis sie diesen ihren Zweck erreicht hat, wenn sie auch durch langsam wirkende Mittel, oder *durch lange Umwege* dazu gelangen muss. — Da der Affect als solcher überhaupt keinen Zweck verfolgt, so kann er noch weniger darauf denken, zur Erreichung desselben *versteckte Mittel* anzuwenden. — Eine Leidenschaft hingegen kann es nöthig finden, den Zweck, wonach sie trachtet, oder wenigstens die Mittel zur Erreichung desselben, *geheim* zu halten. — §. 11. Bei leichtblütigen Temperamenten, deren Affecten häufig wechseln, finden gewöhnlich auch keine beharrlichen, über einerlei Sache lange brütenden Leidenschaften Statt. Es kann auch neben einem Gefühlsvermögen, das leicht reizbar und dem häufigen Wechsel der Affecten geneigt ist, ein sinnliches Begehrungsvermögen bestehen, das Energie und Ausdauer hat. Daher können bei flüchtigen Affecten doch Leidenschaften von grosser Kraft und Beharrlichkeit Statt finden, die, wenn sie auch in dem Rausche eines Affectes zum Schweigen gebracht werden, doch nachher, sobald der Rausch verflogen ist, ihre Stimmen wieder erheben und ihren Zweck zu verfolgen fortfahren. — Eine *Leidenschaft* kann *ihre natürlichen Ausdrücke verbergen und verstellen*, wenn dies zu dem Zweck, wonach sie strebt, dienlich zu seyn scheint. — Die natürlichen Ausdrücke eines Affects aber, wenigstens wenn er einen beträchtlichen Grad erreicht hat, *werden allezeit unverstellt ausbrechen und das Innere unverholen offenbaren.*" —

3. *Gottlob Frnst Schulze, Psychische Anthropologie.* 3te *Ausg. Gött.* 1826. §. 168: „Die in den neuern Zeiten vorgenommene Tren-

nung der Gefühle vom Begehren gab dazu Veranlassung, die Affecten als eine besondere Art der Bewegungen des Gemüths von den Leidenschaften zu unterscheiden. Die wesentlichen Merkmaale der Affecten sind alsdann folgende: 1. Affecten bestehen aus sehr starken *Gefühlen*, die eine körperliche Lust oder Unlust ausmachen, oder auch aus der Erkenntniss des Nützlichen und des Schädlichen für die aus der Selbstliebe stammenden Begierden und Wünsche entstanden seyn können. 2. Affecten greifen in die Functionen des organischen Lebens, dieselben befördernd oder störend, ein und geben sich daher auch im Körper, z. B. durch das Roth- oder Blasswerden im Gesicht, oder durch Veränderungen des Athems und auf andere Art äusserlich zu erkennen. 3. Affecten schwächen die freie Macht, die der Mensch in Ansehung der Richtung der Aufmerksamkeit auf die Gegenstände der äussern und innern Wahrnehmungen des Nachdenkens über etwas, und der Thätigkeit der Erinnerungskraft auszuüben vermag. Im Zustande des Affects sind die Sinne getrübt, so dass man nichts mehr seiner wahren Gestalt nach erblickt und *auch durch das Gehör nichts mehr richtig vernimmt*. Der Affect lähmt ferner den Verstand und die Fähigkeit des Erinnerns, so dass man über nichts mehr gehörige Überlegung anzustellen, oder sich auf das, was man doch weiss, und woran man sich im ruhigen Zustande des Gemüths leicht erinnert haben würde, zu besinnen vermag. — Manche besitzen so viel Geisteskraft, dass sie durch keinen Affect um alle Besonnenheit gebracht werden. — §. 169. An den Affecten kommen Stufenunterschiede vor, und diese werden bedingt theils durch die Be-

schaffenheit der Ursache eines Affectes (wozu besonders auch gehört, *dass die Ursache etwas Unerwartetes ausmacht*), theils durch die Reizbarkeit des Gemüths eines Menschen, welche entweder eine fortdauernde, oder eine aus besondern Umständen — herrührende seyn kann, theils durch die Lebhaftigkeit der Einbildungskraft, theils durch die Wiederkehr derselben Affecten. Denn durch die Wiederkehr werden manche Affecten verstärkt, manche hingegen geschwächt. — Die schnelle Folge entgegengesetzter Affecten findet dann leicht statt, wenn den Affecten dunkle Gefühle zum Grunde liegen. — §. 175. Das unangenehme Gefühl, das durch die Angriffe Anderer auf unsere Ehre und die dadurch begründeten Rechte entsteht, heisst *Kränkung*, der stärkere Grad aber davon *Verdruss*. — *Der Verdruss ist jedoch noch kein Affect*, und kann dadurch aufgehoben werden, dass man der Ursache desselben zweckmässig entgegenwirkt. Er geht aber leicht in einen Affect über und tritt alsdann in einer doppelten Gestalt auf, nämlich entweder als *Ärger*, oder als *Zorn*. — *Der Ärger bringt ein Verlangen hervor, dem, der ihn verursacht hat, Wehe zu thun, zieht sich aber mehr ins Innere zurück*. — Hat derselbe aber noch nicht den höchsten Grad erreicht, so kann er leicht in *Zorn* übergehen, welcher mehr *nach Aussen* wirkt und die Kräfte der Seele *und des Körpers* in grosse Thätigkeit versetzt, um dem Beleidiger Widerstand zu thun. Die sehr verschiedenen Grade werden durch die Wörter *Ungehalten-*, *Aufgebracht-*, *Erbosst-*, *Entrüstet-* und *Grimmigseyn* ausgedrückt. *Das letzte Wort bezeichnet den höchsten Grad des Zornes*, der vorzüglich durch eine von Andern

erfahrne verächtliche Behandlung, hervorgebracht wird. Jene Stufenunterschiede werde aber nicht bloss durch die Grösse, sondern auch durch das Unerwartete dabei bewirkt. Durch öftere Erregung, oder weil ihm nicht widerstanden worden ist, geht der Zorn, allen seinen Stufenunterschieden nach genommen, in *Gewohnheit* über, und heisst alsdann *Jähzorn*, worunter jedoch auch jeder schnell hervorbrechende Zorn verstanden wird. — Der Zorn erregt zwar grosse Thätigkeit, welche auf die uns angethane Beleidigung Bezug hat, bricht oft in einen Strom von Worten aus, die bei dem Pöbel Schimpf- und Scheltworte werden (in der grössten Stärke vorhanden macht er jedoch auch stumme und einsylbig), oder versetzt den Körper in starke Bewegung, um dadurch die Unzufriedenheit mit dem Beleidiger zu erkennen zu geben, und ihm Widerstand zu leisten. Aber aller durch ihn verursachten Thätigkeit fehlt die Leitung des Verstandes, daher sie übereilt, ja oftmals ganz zweckwidrig ist, und dem Beleidiger, anstatt ihm zu widerstehen, nur noch mehr Gelegenheit zu Kränkungen darbietet. — §. 199. Die aus öfterer Befriedigung oder Gewohnheit entspringende grosse Stärke der Begierden wird *Leidenschaft* genannt. — Leidenschaften entspringen erst nach und nach. — In der Leidenschaft trachtet der Mensch nach dem von einer heftigen Begierde vorgeschriebenen Zwecke. — Die Leidenschaft macht blind, — reisst zum Genusse einer einzigen Art des Vergnügens fort, und macht denselben dadurch der andern Annehmlichkeiten des Lebens verlustig, oder sie treibt ihn an, einem einzigen Theile seines Wohlseyns alle übrigen Theile aufzuopfern. — Vorzüglich ist es *der Blick im Auge,*

welcher die Leidenschaft verräth. — §. 213. Die Begierde nach demjenigen Vergnügen, welches aus der Vergeltung der uns von Andern wirklich oder nach unserer Meinung zugefügten Beleidigungen entspringt, heisst *Rache*. — Zu ihren Quellen gehören nicht nur Zorn und Hass, sondern auch die Begierde, die Angriffe auf unsere Ehre und Rechte dadurch abzuwehren, *dass man dem Urheber derselben vermittelst der Wiedervergeltung beweiset, man sey kein verächtlicher Gegenstand.* Die Befriedigung der Rache erhält daher so leicht das Ansehen eines gerechten, und zur Selbstvertheidigung nöthigen Verfahrens. — *Findet überdiess noch in dem Beleidigten ein Bewusstseyn eigner Schwäche statt, so erhält die grausamste, und den Untergang des Beleidigers bezweckende Rache den Anschein einer nothwendigen Vorsicht, um gegen wiederholte Beleidigungen gesichert zu werden.* Die schwächsten Menschen sind daher immer auch die grausamsten. — Oft haben auch Rachsüchtige ihre Wuth gegen sich selbst gerichtet und sich umgebracht, um in dem Beleidiger, durch das Bewusstseyn, einen Selbstmord veranlasst zu haben, Vorwürfe des Gewissens zu erregen, und ihm dadurch Übel zuzufügen, wenn demselben auf keine andere Art beizukommen war.“

4. *Hartmann, Theorie der Krankheit, oder allgemeine Pathologie, Wien,* 1823; §. 814: „Die *Gefühle*, welche aus der Beziehung der Dinge zum Geiste in diesem entstehen, die dadurh erweckten *Neigungen* und Willensbestimmungen machen zusammengenommen den *Zustand des Gemüths* aus. — Denjenigen Zustand des Gemüths, wobei dasselbe von einem starken Ge-

fühle so heftig ergriffen wird, dass dieses die gesammte Aufmerksamkeit der Seele und alle Willensbestimmung in Anspruch nimmt, nennt man *Gemüthsbewegung*, welche blosser *Gemüths-Affect* bleibt, wenn sie *in kürzerer Zeitfrist* der wiederkehrenden Harmonie der geistigen Geschäfte weicht, und welche in *Leidenschaft* ausartet, wenn das heftige Gefühl, welches das Gemüth in Anspruch nimmt, der bleibende Centralpunkt aller übrigen GeistesOperationen wird, wenn demnach das Denken und Handeln der Menschen seine Hauptrichtung nach dem Gegenstande jenes herrschenden Gefühls nimmt. — §. 815. GemüthsAffecte sind demnach heftige *vorübergehende* Äusserungen der Zu- oder Abneigung, welche durch ein ungewöhnlich starkes Gefühl erweckt werden. — *Liebe* und *Hass* sind die GrundAffecte und die gemeinschaftlichen Wurzeln aller übrigen Affecten. — §. 821. Der *Zorn* ist ein heftiger Aufruhr des Gemüths, welcher durch die unangenehme Vorstellung eines feindlichen Gegenstandes angestiftet wird, und sich durch das lebhafte Bestreben, denselben zu überwältigen, kund gibt. — Der von Zorn Ergriffene bietet ein blitzendes Auge, einen drohenden Blick, Verzerrungen der Gesichtszüge, Zähneknirschen, *eine brüllende Stimme, heftige Bewegungen der Gliedmaassen*, gewaltsame Beschleunigung des Athems und des Kreislaufes dar. — §. 827. Im Affecte ist das *Gefühl*, in der Leidenschaft aber der *Trieb*, das Entgegenstreben, das Herrschende. Im Affecte wird die Überlegung durch das zu lebhafte Gefühl beschränkt oder aufgehoben; in der Leidenschaft erhält die Überlegung eine einseitige Richtung nach dem Gegenstande des herrschenden Triebes. *Der*

Affect ist schnell vorüberschwindend, die Leidenschaft ist ein eingewurzelter, beharrlicher Gemüthszustand. — Meistens wechseln während einer Leidenschaft mannigfaltige und häufig entgegengetetzte GemüthsAffecten mit einander.“

5. *Michael von Lenhossék, Darstellung des menschlichen Gemüthes, in seinen Beziehungen zum geistigen und leiblichen Leben,* 2 *Bände; Wien,* 1824, 1825. B. 1. §. 24: „Vergleicht man die Begriffe, welche man den Worten *Affect, Leidenschaft, psychische Krankheit* unterlegt, miteinander, so wird die an Identität grenzende Verwandschaft dieser Zustände noch deutlicher. — Im Allgemeinen nennen wir jede heftigere Gemüthserschütterung einen *Affect,* wenn das Begehrungsvermögen durch angenehme oder unangenehme Gefühle so sehr ergriffen wird, dass das Verlangen oder der Abscheu die Vernunft mehr oder weniger überwiegen. — Sind hingegen die Begehrungen oder Verabscheuungen von der Art, dass sie sich des Gemüths dauernd bemächtigen, selbes in einen passiven Zustand versetzen, die Selbstständigkeit aufheben, das Wollen der freien und vernünftigen Wahl entziehen und dem individuellen Gefühl unterwerfen; so heissen wir diesen Zustand *Leidenschaft. Die Freiheit des Willens ist also in beiden Zuständen mehr oder minder beschränkt;* es sind beim Affecte sowohl, als bei der Leidenschaft Verkehrtheiten, Hemmungen und Störungen der psychischen und gemüthlichen Thätigkeiten vorhanden. Schwer ist es daher, bestimmte Grenzlinien zwischen Gemüthsregungen und Geistes- und Gemüthskrankheiten zu ziehen; *die Affecten lassen sich vielmehr für acute, bald vorübergehende Anfälle von Manie erklären,*

während sich die Leidenschaften mehr oder weniger der Melancholie oder dem Wahnsinn nähern. (?) — B. 2, §. 122: Die Affecten unterscheiden sich von den Leidenschaften durch folgende wesentliche Momente: 1) Die Affecten werden *durch plötzlich erweckte Gefühle*, die das Gemüth mit einem Male überfallen, *gleichsam überraschen*, hervorgebracht. Die Leidenschaften entwickeln sich hingegen *allmählich*, indem sich gewisse, auf einzelne Objecte hingerichtete Begehrungen des Gemüthts *nach und nach* bemächtigen. 2) Gleich wie der Affect plötzlich ausbricht und gewöhnlich mit grösster Heftigkeit beginnt, so ist er auch bald vorübergehend; das Gemüth wird durch den tumultuarischen Ausbruch des Affects, *gleichsam durch eine Explosion*, erschöpft, und kehrt darauf allmählich zur Ruhe zurück, oder der Zustand desselben geht unter gewissen Umständen in Leidenschaft, in Sucht über. Bei dem allmählichen Entwickeln der Leidenschaften beobachtet man dagegen, dass sie immer mehr und mehr zunehmen, immer tiefere Wurzeln fassen, daher sehr lange dauern, oder wohl gar in habituelle und beständige Gemüthsstörungen ausarten. 3) Die Affecten werden durch öftere Wiederkehr geschwächt, wogegen die Leidenschaften, je öfter sie befriedigt werden, an Kraft zunehmen. 4) Der Affect ist einem Rausche, einem acuten Anfalle von Manie ähnlich, der den Menschen nach dem Grade seiner Heftigkeit mehr oder weniger bewusstlos hinreisst, ihm keine Zeit lässt, zu überlegen, seine Handlungen nach den Regeln der Vernunft abzuwägen und einzuleiten; *erst nach vollzogener That verliert sich die Betäubung der Vernunft*, und nun kehrt der

aufgeregte Mensch zu sich selbst zurück, und fängt an, die Folgen seiner Handlungen, die er nicht selten zu beklagen hat, einzusehen. Bei obwaltenden Leidenschaften mangelt es dem Menschen hingegen *nicht an Zeit zur Besinnung;* allein die herrschenden Begierden leiten den Willen, und hemmen den Einfluss der Vernunft. Wenn der Affect daher unbesonnene Handlungen zur Folge hat, so bringen die Leidenschaften Verirrungen des Verstandes hervor, *die sich in der zweckwidrigen Wahl der Mittel zur Erreichung bestimmter Zwecke offenbaren.* 5) Der Affect ist eine unwillkührliche Regung des Gemüths, die sich den erweckten Gefühlen und Begehrungen entsprechend äussern muss; der in Affect gebrachte Mensch sucht daher seinen Zweck *offen und ohne Trug zu erstürmen.* Die Leidenschaft wirkt hingegen *hinterlistig, versteckt, und sucht ihre Befriedigung zu erschleichen.* Aus diesem Grunde gehören die Leidenschaften mehr zu den bösen Eigenschaften des Gemüths als die Affecten. 6) Die Affecten gründen sich eben so, wie die Gefühle, auf die Triebe, folglich sind sie allen mit Gefühl begabten Geschöpfen eigen, und können an und für sich nicht den Gebrechen des Gemüths beigezählt werden; vielmehr ein Mensch, dessen Gemüth kaum in Affect zu bringen ist, nie ein guter Mensch seyn, und nie etwas hervorbringen kann, das nur zur Mittelmässigkeit reicht. Leidenschaften sind im Gegentheile allezeit Störungen und Gebrechen des Gemüths, ein Zustand, bei welchem die Freiheit des vernünftigen Willens auf längere Zeit gefangen genommen ist. — 7) u. 8) Endlich unterscheiden sich die Affecten von den Leidenschaften dadurch, dass sie mit diesen in einer

Art von Opposition stehen. „Wo viel Affect ist, da ist gewöhnlich wenig Leidenschaft," sagt *Kant.* Diesen Satz hat *Maass* zwar zu beschränken gesucht; allein es ist in der Regel wahr, dass affectvolle, sehr reizbare Menschen sehr selten von Leidenschaften ergriffen werden. Das Gemüth leicht afficirbarer Individuen ist der obwaltenden Veränderlichkeit wegen nicht leicht einer andauernden Leidenschaft fähig. Ist der Mensch hingegen von einer Leidenschaft ergriffen, so ist er für Gefühle, die mit dem Objecte seines gemüthlichen Zustandes nicht harmoniren, kaum empfänglich; seine Leidenschaft kann aber leicht in Affect übergehen, wenn Gefühle hervorgerufen werden, die mit seiner Begierde auf irgend eine Weise verwandt sind, oder mit seinen Begehrungen in Contrast stehen."

6. *Eduard Henke, Handbuch des Criminalrechts etc. Berlin,* 1823, Th. 1, S. 548, 549: „Um die Affecte auch nur als Milderungsgrund gelten lassen zu können, müssen sie von den *Leidenschaften* wohl getrennt werden. Wie das Fühlen sich zum Begehren verhält, so die Affecte zu den Leidenschaften. — Begierden, Neigungen und Leidenschaften haben daher das Eigenthümliche, dass ihnen *die Vorstellung eines Zweckes* vorausgeht, dessen Erreichung als etwas Angenehmes vorgestellt, und der die Triebfeder des Handelns wird. *Sie sind berechnend und blicken in die Zukunft, während die Gefühle und Affecte ganz in der Gegenwart sind. — Dem Verbrechen, im Affect verübt, folgt schnell die Reue; der Verbrecher aus Leidenschaft dagegen ist meistens ein hartnäckiger Läugner.* — Wenn, bemerkt *Jenull* (das Östr. Cr. Recht,

B. 1, S. 381.) sehr richtig, der Zeitpunkt, in welchen der sinnliche Eindruck fällt, durch welchen die heftige Gemüthsbewegung soll erzeugt worden seyn, von dem Zeitpunkt der Verübung des Verbrechens *durch einen bedeutenden Zwischenraum* geschieden ist, so hat man gegründete Ursachen, am Daseyn dieses Milderungsgrundes zu zweifeln, weil die heftige Gemüthsbewegung, *als blosse Wirkung der Empfindung*, nothwendig desto schwächer werden muss, je entfernter sie vom Zeitpunkte ihrer wirkenden Ursache steht. — Dagegen ist *Rachgier* eine Leidenschaft die ihre Wurzel nicht im Gefühle, sondern im Begehrungsvermögen hat. Denn sie entspringt aus dem Verlangen, Jemanden Übel zuzufügen, weil man dergleichen von ihm erlitten hat, oder erlitten zu haben glaubt. — Es geht zwar der Rachgier, wie dem Zorne, eine zugefügte Kränkung und ein daraus entspringendes unangenehmes Gefühl voraus; allein es findet doch der Untsrschied statt, dass zwar die Rache, aber nicht der Zorn *beschlossen* wird, mithin die Rache dem *Beschlusse* (dem Begehrungsvermögen), der Zorn aber dem *Gefühle* (dem Empfindungsvermögen) angehört. — Dieser Ausführung gemäss muss in jedem einzelnen Falle, wo es zweifelhaft ist, ob eine heftige Gemüthsbewegung oder ein *Affect*, oder aber eine Begierde oder *Leidenschaft* die Quelle der verbrecherischen That gewesen sey, vorzüglich Rücksicht genommen werden, theils auf den Entstehungsgrund der Gemüthsbewegung, theils auf das Benehmen des Verbrechers während und nach der That, theils auf die Beschaffenheit des angeblich in heftiger Gemütbsbewegung begangenen Verbrechens selbst.“ —

7. *Georg Heinrich Masius, Handbuch der gerichtlichen Arzneywissenschaft, Stendal,* 1822. B. 1. §. 321: „Die Seele offenbart ihre Thätigkeiten in dem Gebiete des *Geistes*, des *Gemüths*, und des *Willens.* — §. 326. Wird das Gemüth lebhafter, rascher erregt, so nennt man dies überhaupt *Affect* (Gemüthsbewegung). Bei den exaltirenden Affecten, von welchen in gerichtlich-medicinischer Hinsicht besonders der *Zorn* in Anregung kommt, findet erhöhte Energie Statt, und sie werden durch eine gewisse verhältnissmässige Kraft des Willens vermittelt; wenn sie aber einen zu hohen Grad erreichen, so lassen sie die Fassung des Gemüths und die Überlegung nicht aufkommen. Bei *deprimirenden* Affecten (Gram, Reue, Betrübniss, Neid, *Schreck, Furcht,*) ist *ein* Gefühl besonders lebhaft, ohne dass der Wille mit gehöriger Kraft zurückwirken kann. — *Leidenschaft* ist ein besonderes Begehren, ein zu lebhaftes Streben nach einem bestimmten Ziele, wobei die Willensthätigkeit auf ein einzelnes bestimmtes Object gerichtet ist. — §. 378. Das Gemüth kann im Verhältniss zur Thätigkeit des Geistes so wie des Körpers zu stark oder zu schwach bewegt werden. Die zu starke Bewegung wird bewirkt durch *Affecten* und *Leidenschaften;* jene wirken auf das Gefühl und machen einen zu starken Eindruck auf dasselbe; diese erhöhen die Willensthätigkeit in Beziehung auf einzelne bestimmte Gegenstände. Die allgemeine Wirkung beider ist Störung der Geistesthätigkeit. — Bei sehr heftigen Affecten werden die Vorstellungen dunkler, das Bewusstseyn wird gestört und cessirt wohl gänzlich; ja sie können sehr reizbare, lebhafte Menschen, diese jedoch meist nur auf Augenblicke, in einen Zustand von

Verwirrung und Tollheit setzen. Weit heftiger noch wirkt der Affect bei Menschen von einem lebhaften Temperamente, bei welchen er häufig eine ausdauernde Wuth zur Folge hat. — *Leidenschaften* bewirken eine der Exaltation des Gemüthes entsprechende Depression des Verstandes. Denn je grösser die Leidenschaft, je stärker das Streben ist, das Object derselben zu erreichen, desto mehr zieht sie auch die ganze Aufmerksamkeit auf dieses Object, und auf die Mittel zur Erreichung desselben hin; desto mehr werden also auch alle mit diesem Objecte nicht in Verbindung stehende Gedanken verdunkelt und der Verstand verhindert, darüber zu reflectiren. — Da aber die Leidenschaft an sich die Besonnenheit nicht vernichtet, — so kann nur für den Fall von Unfreiheit die Rede seyn, wenn als Folge der Leidenschaft wirklich eine psychische Störung eingetreten ist. Kommt besonders zu der Leidenschaft noch heftiger Affect hinzu, so wird ihre Ausübung enthusiastisch, und es folgen die fürchterlichsten, von aller Vernunft losgebundenen Wirkungen. — §. 438. Hinsichtlich der *Zurechnung* dürfen Affecte mit Leidenschaften niemals verwechselt werden. Nur solche Handlungen dürfen dem Menschen zugerechnet werden, die derselbe aus besonnenem verständigem Entschlusse begeht (?), nicht aber Überwältigungen im nur sinnlichen Entschlusse, wobei das Selbstbewusstseyn aufgehoben ist. Letzteres kann nur der Fall der *Affecte*, nicht der *Leidenschaften* werden. Der Affect wirkt mit plötzlicher sinnlicher Gewalt, und kann bei grosser Heftigkeit den gesunden Geist der Besinnung berauben, Vernunft und Freiheit gänzlich unterdrücken. Bei der Leidenschaft hinge-

gen ist von keiner Störung des gesunden Gemüths die Rede. Leidenschaft ist Folge der Gewöhnung; sie ist für sich eine ruhige ausdauernde Geistesstimmung, welche die Besonnenheit und Freiheit nicht vernichtet, wenn sie sich bei ihrer Befriedigung den ihr widerstreitenden Vorstellungen des Verstandes freilich entzieht, so dass allerdings daraus eine unbesonnene Handlungsweise und unerlaubte Handlungen hervorgehen, die aber doch noch immer mit Freiheit ausgeübt werden. Soll daher Leidenschaft zur Entschuldigung dienen, so müsste man finden, dass als Folge derselben eine psychische Zerrüttung eingetreten ist. — Die Wirkung der Affecte wird noch durch die individuellen Verhältnisse bestimmt, so dass ein und derselbe Affect in einzelnen Fällen stärker und schwächer ist, je nachdem das Verhältniss seiner Einwirkung, oder der Zustand des Gemüthes gerade beschaffen ist. — §. 439. Der *Zorn* ist ein lebhafter und plötzlich ausbrechender Affect über etwas, was uns missfällt, also über irgend einen Verdruss, der bei jedem Zorn immer der ElementarAffect bleibt, wobei die dagegen rückwirkende Bestrebung gegen denjenigen, der den Verdruss, das Missfallen in uns erregt, gerichtet ist. Zuerst wird also das Gemüth heftig erregt, dann aber auch die Geistesthätigkeit in Bezug auf den erregenden Gegenstand erhöht; daher dann die Vorstellungen einander sehr schnell drängen. — §. 440. Bei dieser heftigen Erschütterung des ganzen Organismus wird zwar durch die Vorstellung des angethanen oder angedrohten Unrechts die Freiheit *immer* in Etwas beschränkt, *jedoch keineswegs in allen Fällen, selbst nicht immer da, wo der Affect einen sehr hohen Grad erreicht*

hat, gänzlich aufgehoben. Allein der Zorn, besonders auch, wenn ihm Spott entgegengesetzt wird, kann bis zur *Wuth*, als seinem höchsten Grade steigen, wo alle Bewegungen gleichsam *convulsivisch* werden, und eine mehrentheils jedoch nur transitorische Störung der Hirnthätigkeit — eintritt, deren Wirkung eine Verwirrung und gänzliche Bewusstlosigkeit ist — ein Zustand, der selbst durch die Röthe der Augen und des Gesichts, den drohenden und wüthenden Blick von dem Anfalle der Manie nicht verschieden ist. In diesem Zustand kann der Zorn desto leichter übergehen, wenn der Erzürnte ein sehr reizbares Temperament hat, und der Zorn bereits herrschender Affect bei ihm ist, vielleicht auf Kränklichkeit beruhet; — wenn ferner der Erzürnte sich gerade in einem aufgereizten Gemüthsstande, der auch in körperlichen Ursachen seinen Grund haben kann, sich befand, oder sein Blut bereits in heftiger Wallung war, z. B. nach dem Genusse geistiger Getränke; wenn das ihm angethane Unrecht sehr gross und unverschuldet, sein Ehrgefühl sehr stark ist; endlich wenn schon eine Anlage zur Verrückung bei ihm vorhanden war. Dass Alles, so wie die nähern Umstände, welche die in dem heftigen Ausbruche des Zornes begangene Handlung begleiteten, muss man bei der Entscheidung darüber, ob man berechtigt sey, *Bewusstlosigkeit*, mithin *Unfreiheit* bei Ausübung der gesetzwidrigen That anzunehmen, berücksichtigen. — Schwieriger ist die Entscheidung, wenn nach dem heftigen Ausbruche des Zornes weiter keine psychische Störung zurückbleibt." —

8. *Adolph Henke, Lehrbuch der gerichtlichen Medicin*, 5te *Ausg.* 1827. §. 284: „Der höchste Grad der *Affecten* kann ebenfalls

Selbstbewusstseyn und Freiheit vorübergehend stören. Aber die durch Affect und Leidenschaft bewirkte Unfreiheit und Überwältigung der Vernunft kann weder vom Strafrecht, noch von der gerichtlichen Medicin der durch Geisteszerrüttung bedingten Unfreiheit gleichgesetzt werden, *weil der Mensch als Vernunftwesen Affect und Leidenschaft beherrschen kann und soll.* Die durch Affect entstandene Unfreiheit hebt daher die Zurechnung gesetzwidriger Handlungen nicht auf. — Daher sind die Bemühungen der Sachwalte und Vertheidiger verfehlt und fruchtlos, welche Mörder und Todschläger durch Berufung auf das cholerische Temperament, Jähzorn, hitziges Blut u. s. f. von der gesetzmässigen Strafe frei zu machen suchen. (Cf. *Henke* Abhandlungen, Bd. II, 2 Ausg. S. 315.) Die Gesetzgebung hat aber ausgesprochen, dass zufällig entstandener und an sich zu entschuldigender Affect, in welchem eine Handlung begangen wird, die Zurechnung beschränkt und die Strafe mildert. Dieses gilt um so mehr, je mehr der hohe Grad eines solchen Affects *eine Verwirrung der Sinne und des Verstandes* veranlasst, welche Bewusstseyn und Freiheit gänzlich stören kann. —

§. 274. Es gibt krankhafte psychische Zustände, welche aus Affecten oder Leidenschaften und *wahrer Geisteszerrüttung* zusammengesetzt sind. Zu dieser gehört namentlich die *krankhafte Zornmüthigkeit* (Iracundia morbosa, Excandescentia furibunda nach *Platner*), ein Mittelzustand zwischen wahrer Manie und dem blossen Zorne heftig aufbrausender, cholerischer Menschen. Dieselbe unterscheidet sich von dem Zorne gesunder Menschen durch die Leichtigkeit, mit welcher sie ohne alle Veranlassung in die heftigsten Anfälle

von Wildheit und Wuth übergeht. — (Beispiele hievon in *Henkes* Abhandl. B. II, S. 280 ff.) —

9. *Johann Christoph Hoffbauer, die Psychologie in ihren Hauptanwendungen auf die Rechtspflege.* 2te *Aufl. Halle,* 1823: §. 209. „*Der Zustand der Verwirrung* ist der Zustand, in welchem der Mensch unfähig ist, seinen Verstand zu seinen gegenwärtigen Absichten zu gebrauchen, in sofern er als vorübergehend betrachtet wird und in demselben das Bewusstseyn nicht gänzlich unterdrückt ist. — Leidenschaften, Gemüthsbewegungen und Affecten führen diesen Zustand um so leichter herbei, je unerwarteter sich der Anlass dazu zeigt. Dieser Zustand äussert sich entweder in gänzlicher Unthätigkeit, oder in ganz verkehrten, ihrem Zweck widersprechenden Handlungen, oder endlich in überraschenden Handlungen der äussersten Unbesonnenheit, — das dritte, wo er durch die Heftigkeit einer Leidenschaft ganz von Sinnen gebracht wird, — *ausser sich ist.* — §. 212. Ob es gleich dem Menschen möglich ist, sich, wie man es nennt, *zusammen zu nehmen*, oder mit einer gewissen Anstrengung bei *Fassung* zu erhalten, oder diese, wenn er sie verloren hat, wiederherzustellen; so scheinen ihn doch seine Kräfte zu verlassen, wo unerwartete Vorfälle seinem Leben, oder seinem Wohlstande eine sofort gegenwärtige Gefahr drohen; wo seine Rechte durch solche Vorfälle muthwillig auf eine Art verletzt werden, die sein Rechtsgefühl empört. — §. 213. Rechtsverletzungen, welche Jemanden widerfahren, setzen ihn um so leichter in Verwirrung, je überraschender sie ihn treffen, je muthwilliger sie ihm zugefügt werden, und je mehr sie ihn mit einem unermesslichen Schaden,

es sey nun an Gesundheit, Leben, Vermögen oder Ehre, bedrohen. — Es heisst von dem Menschen etwas Unmögliches fordern, wenn man ihm in einer solchen Lage den Mangel an Fassung und den hieraus nothwendig fliessenden Mangel an Überlegung zur Last legen will, wie man doch thun muss, wenn man ihm die hieraus entsprungenen, gesetzwidrigen Handlungen zurechnen will. (?) Hieraus scheint zu folgen, dass ein Übermaass in der Nothwehr, das lediglich in einem Mangel an Fassung seinen Grund hat, so wie *eine unverzügliche thätliche Ahndung einer erlittnen Beschimpfung, bei welcher dieses auch der Fall ist, keiner Zurechnung fähig sey.* (?) §. 216. Zu jeder gesetzwidrigen Handlung, welche nicht unvorsätzlich ist, muss der Mensch gewisse *Reitzungen*, d. i. Triebfedern haben, die ihn zu dieser Handlung bestimmen, wenn ihnen nicht stärkere Gegengründe entgegenwirken, und insofern als Gegenreitze wirksam sind. — Den Zustand, in welchem Jemand unfähig ist, den Reitz zu einer gesetzwidrigen Handlung zu überwinden, wenn man ihn auch übrigens nicht als krank an der Seele betrachten kann, will ich den Zustand *des ausserordentlichen Antriebes* zu einer Handlung nennen. — §. 218. Der Fall, wo die Gegengründe, welche Jemanden von einer Handlung abhalten könnten, nicht bei demselben wieder zum Bewusstseyn kommen können, tritt insbesondere da ein, wo die Veranlassung zu einer Handlung sich unerwartet zeigt, und die Anreitze zu derselben schnell wirksam werden. Am häufigsten wird der Mensch so zum *Zorne* fortgerissen, wo ihm empfindliche Beleidigungen widerfahren, *deren er gar nicht gewärtig seyn konnte.* Je grösser eine Beleidigung

an sich, je mehr der Schmerz, den sie erregt, durch die Person, von welcher jene Beleidigung kommt, die Zeit, den Ort und andere dabei in Betracht kommende Umstände vermehrt wird, um so stärker ist die Reitzung zum Zorn und um so leichter kann der Mensch dadurch von Sinnen gebracht und zu einer Handlung fortgerissen werden, die er nicht würde gethan haben, wenn er seiner mächtig geblieben wäre. Unter den Umständen, welche am Meisten auf diese Art zu Ausbrüchen des Zornes reitzen, kommt insbesondere eine allmählige Steigerung einer solchen Reitzung in Betrachtung, die Jemanden um so leichter fortreisst, je muthwilliger sie ist, und je mehr es dabei darauf angelegt zu seyn scheint, den Beleidigten zu demüthigen. Es kann daher seyn, dass ein Mensch, der so gereitzt wird, anfänglich an sich hält, und selbst eine seltene Mässigung beweiset, allein weiterhin eben deshalb um so weniger sich bei seiner Fassung halten kann, je mehr er sieht, oder wenigstens fühlt, dass sein Gegner ihn immer weiter reitzen, und es ihm doch am Ende unmöglich seyn werde, sich bei der bisher behaupteten Fassung zu erhalten. *Der Zorn bricht alsdann um so gewaltsamer und fürchterlicher los, je mehr er den Menschen von Sinnen bringt, und ihm Zeit, Ort, die Personen, mit denen er es zu thun hat, mit einem Worte seinen ganzen Zustand aus den Augen reisst.*" —

10. *Johann Christian August Heinroth, System der psychisch-gerichtlichen Medicin, Leipzig*, 1825. §. 60: „Der Zustand der *Verwirrung* ist derjenige Zustand im Wachen, wo durch äussere, plötzlich und heftig wirkende Einflüsse zwar das Bewusstseyn nicht

gänzlich aufgehoben, auch der Verstand auf keine Weise verletzt, aber der Mensch augenblicklich ausser Stand ist, ihn zur Bestimmung seines Willens zu gebrauchen, der Wille aber selbst entweder für den Augenblick gelähmt ist, oder sich auf einen andern Antrieb, als den des Verstandes, äussert. Dieser Zustand ist daher mit Recht unter die *gebundenen* zu rechnen, und dem Zwischenzustande zwischen Schlaf und Wachen rücksichtlich seiner rechtlichen Folgen gleichzustellen, wie fern er unverschuldet entstanden. — Dieser Zustand wird durch Leidenschaft und Affecte, namentlich durch Schreck oder Zorn, überhaupt durch Gemüthsbewegungen herbeigefürt, und zwar um so leichter, je unerwarteter sich der Anlass dazu zeigt. — Die Verwirrung, die sie erzeugen, erscheint als gänzliche Erstarrung, oder umgekehrt, als ein blindes Thun und Handeln und der Mensch ist hier, wie im Schlafwachen, nicht recht bei sich. — Aber nicht jeder gebundene Antrieb ist so beschaffen, dass er den Menschen, welcher ihm unterliegt, von den rechtlichen Folgen gesetzwidriger Handlungen freispricht. — *Hoffbauer* — ist auch hier zu subtil, und treibt sich in Distinctionen herum, welche den Gegenstand mehr verwirren als aufklären. Diess kommt daher, weil seine Ansicht den Menschen nicht von seinem eigenthümlichen, dem *moralischen* Standpunkte auffasst, oder, mit andern Worten, weil ihm der Mensch zu sehr *Automat* ist. — Es ist — nicht schwer, über die rechtlichen Folgen von Handlungen aus gebundenem Autriebe zu entscheiden, wenn wir den *Willen*, als die nächste Quelle alles Handelns seiner eigenthümlichen Natur nach und in seiner eigenthümlichen Beziehung betrachten. Der Wille

ist *allezeit moralische Kraft*, und tritt nie aus diesem Wesen und seiner Beziehung (auf die Vernunft) heraus. Ein Wille, der sich *binden* lässt auf irgend eine Weise, ist ein *sündiger* Wille. Alle jene Quellen des gebundenen Antriebes sprechen also den Willen nicht von der Schuld los, oder wir müssten den Willen als moralische Kraft aufgeben; was unmöglich ist. Der Mensch soll über sich und seine Handlungen, überhaupt seine Zustände, *wachen*. Thut er es nicht, so sind die Zustände, in welche er geräth, wie die gesetzwidrigen Handlungen, welche er begeht, *seine Schuld*. Nur in Einem Falle ist der Mensch schuldlos; in dem Zustande der *Verwirrung*, wiefern derselbe selbst ein *unverschuldeter* ist, was in jedem Falle auszumitteln nicht zu schwer ist, *sobald das Factum mit allen Umständen ins Klare gesetzt ist*. — Kurz, nicht sowohl die *Zustände* des gebundenen Antriebes, als vielmehr die *Umstände*, durch welche der Mensch in dieselbe gelangt ist, entscheiden über die Zurechnungsfähigkeit oder ihr Gegentheil. — So wenig ein Mensch dafür kann, dass er in dem Zustande zwischen Schlaf und Wachen nicht recht bei sich ist, eben so wenig ist es seine Schuld, wenn er z. B. bei einem *plötzlichen* Angriffe von einem Andern die Fassung verliert *und gleichsam instinctmässig zur Nothwehr schreitet*, und den Andern, vielleicht tödtlich, verletzt, gesetzt auch, dieser hätte es gar nicht auf das Leben des Angegriffenen abgesehen, sondern es etwa bloss darauf abgelegt, den Andern zu erschrecken, wie diess bisweilen von unberufenen Spassvögeln im Finstern geschieht, um die Herzhaftigkeit Anderer auf die Probe zu stellen, oder wohl gar, sich an dem

ihnen eingejagten Schreken zu weiden. Eine solche Rohheit hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn sie ihr Unterfangen theuer bezahlen muss. Der andere Theil ist dabei ganz unschuldig.“ —

Desselben Grundzüge der Criminal-Psychologie, oder die Theorie des Bösen in ihrer Anwendurg auf die Criminal Rechtspflege, Berlin, 1833: „§. 50. Verfolgen wir alle jene (aus Affect und Leidenschaft begangene) Verbrechen bis zu ihrer ersten Quelle, so finden wir, dass diese Motive nicht minder strafbar sind, als andere, die ihr Verdammungsurtheil unmittelbar in sich selbst tragen. Denn wo immer Affect uud Leidenschaft den Menschen beherrschen und zu Verbrechen hinreissen, da ist das *Selbst* im Menschen auf Unkosten der *Vernunft* gehegt und gepflegt worden. Der *Augenblick* würde keine Gewalt über den Menschen erhalten, wenn ihm nicht das *Leben* dieselbe eingeräumt, d. h. wenn der Mensch nicht so *gelebt* hätte, dass die Vernunft, die kein Verbrechen billigt, ihre Macht über ihn verloren hat. Und dieses ist, erwiesener Maassen, jedes Menschen *Schuld*. Nicht die rohe Erziehung oder Verziehung, nicht die Heftigkeit des Temperaments oder Naturells, nicht die Macht der äussern Verhältnisse, nichts von Allem dem, und was hier sonst noch eintreten möchte, ist im Stande, die Stimme der Vernunft, das Gewissen zu beschwichtigen, oder dahin zu bringen, dass ein *gegen* die Vernunft gerichtetes Leben von ihr *gut* geheissen würde. Was nicht *für* sie geschieht, das geschieht *wider* sie. Wir haben erwiesen, dass es des Menschen eignes Werk ist, wenn die *Selbstigkeit* eine solche Herrschaft über ihn gewinnt, dass die Vernunft nicht mehr zur Sprache kommt. — Wie übri-

gens der Mensch dahin gelange, dass er über seine Affecten und Leidenschaften die *Vernunft* vergisst, ist bald und mit wenigen Worten gesagt, wenn wir uns an das erinnern, was in der *Enwicklungslehre* (§. 21—38) hierüber beigebracht worden. Hier sind in dem Hange und Reize zum Bösen überhaupt, in dem selbstischen Begehren und Abstossen des Herzens, in dem Wachsthum der Begierden und Suchten, in der hiedurch erzeugten Verderbniss der Einbildungskraft und des Verstandes, ja des Willens selbst, endlich in den innern und äussern Förderungsmitteln zur Entwicklung des Bösen durch Lebensalter, Geschlecht, Temperament, Naturell, Erziehung, Umgang, Beispiel, Mangel und Überfluss physischer und geistiger Lebensreize, alle Fäden verfolgt worden, aus denen das Gewebe von Affecten und Leidenschaften gesponnen wird, in welchem sich der Mensch allmählich so fest verstrickt, dass ihn die Vernunft nicht wieder daraus befreien kann, dergestalt, dass die Anreize zum Verbrechen keinen Widerstand von ihm erfahren. Oft vereinigt sich mehr als Ein Affect, mehr als Eine Leidenschaft, um ein bestimmtes Verbrechen zu erzeugen. — §. 51. Es gibt Menschen, bei denen schon in früher Jugend ein bösartiges Naturell hervortritt, wie das eines ungestüm und gewaltsam begehrenden oder hassenden, und widerwärtigen, schadenfrohen Gemüths, einer Lust an Leiden Anderer, und eines Hanges, sie zu quälen. Nicht als ob ein solches Naturell ursprünglich seinen Besitzer *blind nöthigt*, dem gleichsam eingebornen Hange zu folgen; allein durch fortgesetzte moralische Verwahrlosung *kann* ein solcher Hang zuletzt zur blinden Nöthigung und seine Befriedigung zum

Lebensbedürfnisse werden, woraus denn jene grässlichen Erscheinungen entstehen, welche uns sorgfältige Criminalactensammler in den *Verbrechen aus Bosheit* als moralische Auswüchse der menschlichen Natur aufbewahrt haben.“ —

(11. *Friedreich*, *Systematisches Handbuch der gerichtlichen Psychologie für MedicinalBeamten, Richter und Vertheidiger. Leipzig*, 1835, S. 819 ff: „Was *die psychologische Deduction des Einflusses der Leidenschaften und Affecten auf die Zurechnung* betrifft, so muss ich vorerst im Allgemeinen bemerken, dass wenn es je bei einer psychologisch-forensischen Erörterung zu befürchten steht, dass irgend ein MeinungsExtrem aufgestellt, oder entweder ein zu nachsichtiges oder zu strenges Urtheil gefällt werde, dieses am Leichtesten in jenen Fällen geschehen kann, wo man die in Zustande des Affectes und der Leidenschaft begangenen Handlungen hinsichtlich der Zurechnungsfähigkeit zu beurtheilen hat. So sehr einerseits diejenigen irren, welche bei jedem Affecte, bei jeder Leidenschaft eine solche Störung der psychischen Selbstbestimmungsfähigkeit annehmeu, dass die Zurechnung dadurch aufgehoben werde, ebenso fehlen anderseits diejenigen, welche das vom Sturme des Affects und der Leidenschaft bewegte psychische Leben nicht berücksichtigen und nur da eine Aufhebung der Zurechnung für möglich erachten, wo eine selbstständige psychische Krankheitsform hervortritt. Erstere fehlen, weil nach ihrem Principe aller Unterschied zwischen sinnlicher Begierde, Affect, Leidenschaft und psychischer Krankheit wegfallen, und man so jedem sinnlichen Triebe gesetzlich Thür und Riegel öffnen würde: die Strafrechtswissenschaft

setzt bei dem nicht psychisch kranken Menschen moralische Freiheit und das Vermögen der Selbstbestimmung nach dem Vernunftgesetze voraus, und sie muss auch von diesem Axiom ausgehen, weil ohne dasselbe alles Strafrecht aufhören würde. Letztere irren, weil sie die verschiedenen Grade der Affecte und Leidenschaften nicht gehörig berücksichtigen, und keinen Unterschied zwischen den, wenn man sich so ausdrücken darf, im gewöhnlichen Leben vorkommenden Affecten und Leidenschaften und jenen machen, die in ihrer höchsten Steigerung wirklich dem Menschen Freiheit und Selbstbestimmungsfähigkeit rauben, und mehr oder weniger einem transitorischen Wahnsinne analog sind. — Um das Schwankende und Verschiedenartige der über diesen Gegenstand herrschenden Ansichten so viel als möglich zu entfernen und festere Grundsätze aufzustellen, so müssen hierüber folgende *specifische Normen* aufgestellt werden: 1. Im Allgemeinen muss angenommen werden, dass der Mensch psychische Kraft über seine sinnlichen Begierden, über seine Affecten und Leidenschaften besitze; denn eben darin beruht die erhabene Würde, der Adel der menschlichen Natur. So lange nun erweisbar ist, dass ein Individuum hinreichende psychische Kraft besass, jenen Sturm der Affecte und Leidenschaften abzuhalten und ihn durch Vernunftgründe zum Schweigen zu bringen, so lange bleibt er für seine, in einem solchen Zustande begangenen Handlungen verantwortlich und die Zurechnung ist immer um so grösser, wenn man vorhersehen musste, dass die freiwillige Nahrung einer Leidenschaft uns zu unwillkührlichen Thaten hinreissen werde. Allein es treten auf der andern Seite dagegen

wieder Verhältnisse ein, welche es dem Menschen unmöglich machen, diese Herrschaft über sich selbst zu gewinnen, und es ist nach den hinreichend bekannten ärztlichen Erfahrungen nicht mehr zu läugnen, dass es Fälle gebe, wo der höchste Grad eines Affectes, namentlich des Zornes, des Schrecks, in eine gänzliche Verwirrung der Sinne und des Verstandes, mit andern Worten in den Zustand des aufgehobenen Sslbstbewusstseyns und mithin der Unfreiheit übergehen kann. — 2. Ob aber wirklich Affecte und Leidenschaften im Stande seyn können, einen solchen Zustand der psychischen Unfreiheit hervorzurufen, davon werden wir am Besten dadurch überzeugt, wenn wir die Erfahrungen berücksichtigen, die uns beweisen, welche ausgebreitete und mächtige Herrschaft die Affecte und Leidenschaften sowohl auf das somatische, als psychische Leben ausüben. a) Alle Schriftsteller über die Leidenschaften und Affecte sind voll von Erfahrungen, welche den mächtigen Einfluss derselben auf den menschlichen Körper nachweisen. — Ist nun die Macht der Affecte und Leidenschaften auf das somatische Leben so gross, so wird es sich auch nicht bezweifeln lassen, dass sie auch das psychische Leben momentan in einen solchen Zustand versetzen können, in welchem weder von klarem Bewusstseyn, von Willensfreiheit des Handelnden, noch von Zurechnungsfähigkeit die Rede seyn kann. b) So wie die Leidenschaften und Affecten Krankheiten des Körpers hervorrufen können, eben so sind sie auch im Stande dieselben zu heilen, wozu uns mehrere Schriftsteller Belege liefern. Endlich c) müssen wir noch berücksichtigen, dass auch die Affecte und Leidenschaften zu den nicht sel-

tenen Ursachen der psychischen Krankheiten gehören. — Durch diese drei Punkte wird nun der grosse Einfluss der Affecte und Leidenschaften auf unsere gesammte Organisation, auf ihr somatisches und psychisches Leben hinreichend bewiesen seyn, und folglich auch dadurch auf dem Erfahrungswege die Möglichkeit constatirt werden können, dass es Fälle gibt, in denen Affecte und Leidenschaften zu einem solchen Grade gesteigert werden können, dass sie Selbstbewusstseyn und Freiheit des Handelnden und damit auch die Zurechnung der in einem solchen Zustande begangenen Handlungen aufheben müssen. — 3) Ein vorzüglich zu beachtender Punkt ist jener Mittelstand zwischen Jähzorn und Manie, den *Platner Excandescentia furibunda* genannt hat, und den wir im Deutschen mit dem Ausdrucke: *krankhafter Jähzorn,* oder *krankhafte Zornmüthigkeit,* belegen. Er übertrifft den Zorn gesunder Menschen, auch wenn sie von cholerischem Temperamente sind, durch die Leichtigkeit, mit welcher er ohne allen Grund in die heftigsten Ausbrüche übergeht, und unterscheidet sich von der Manie durch die Kürze der Anfälle uud den ungestörten Gebrauch der untern Seelenkräfte nach denselben. — Die *Regeln,* welche bei den Untersuchungen über eine im Zustande des Affectes und der Leidenschaft begangene gesetzwidrige Handlung genau berücksichtigt werden müssen, beziehen sich vorzüglich darauf, dass man sowohl das Alter und den körperlichen Zustand des Individuums, als auch den Zweck, die Veranlassung und die Zeit der Leidenschaft untersuche. — 1. In Bezug auf den körperlichen Zustand muss genau untersucht werden, ob kein somatisches Leiden zu Grunde

liegt, in welchem Falle dann ein, dadurch bedingter Affect oder Leidenschaft auch unverschuldeter erscheinen wird. — Besonders spielt hier das Leber- und GallenSystem eine wichtige Rolle und schon von jeher erkannte man es an, wie der heftige Zorn darin seine somatische Quelle hat. — 2. Bei jeder Leidenschaft und bei jedem Affect muss, wenn der Einfluss auf Zurechnung gehörig gewürdigt werden soll, der Zweck, die Veranlassung, und die Zeit, in welcher sie entstanden, erwogen werden. a) Hinsichtlich des Zweckes ist zu bemerken, dass einige Affecte dahin gerichtet sind, uns etwas Angenehmes oder ein Vergnügen zu verschaffen; andere dagegen entstehen aus der Vorstellung eines Übels, das wir abwenden möchten. Es versteht sich nun von selbst, dass bei der zweiten Art seltener und weniger Zurechnung Statt finden kann, als bei der ersteren (?): dasselbe gilt auch bei Affecten, wo man das Beste Anderer beabsichtigt, wie z. B. beim Mitleid. b) In Rücksicht der Veranlassung kommt vieles darauf an, ob andere Menschen den Affect verursachten, und, wenn der Grund in einem unerlaubten Betragen Anderer liegt, so ist die begangene That viel weniger anzurechnen; denn der Affect oder die Leidenschaft erhält hier Nahrung und Reiz ohne Schuld desjenigen, in dem sie entsteht; z. B. wenn Einer durch ihm zugefügte Beleidigungen in Zorn geräth. Was endlich c) die Zeit betrifft, in welcher die Leidenschaft oder der Affect entsteht, so findet natürlich die grösste Entschuldigung dann Statt, wenn der Affect schnell entstand und seine höchste Grösse erreichte, und die Handlung sogleich im Ausbruche desselben unternommen wurde. Aus diesen drei Punkten können wir

mit ziemlicher Gewissheit schliessen, *dass keine Zurechnung* (?) *Statt finden wird, wenn die Leidenschaft* (?) *durch die unerlaubte Handlung eines Andern entstanden ist, schnell den höchsten Grad erreicht hat, und in diesem Grade die Handlung begangen wurde* (?).“ —)

Diese Auszüge aus den Schriften unserer ausgezeichnetsten neuern Psychologen werden genügen, um auf der einen Seite an der Hand neuerer Erfahrungen und Beobachtungen ein deutliches Bild des Gegensatzes von *Affecten* und *Leidenschaften* und damit von *Jähheit* und *Vorsatz* zu verschaffen, auf der andern Seite aber zugleich die Überzeugung zu begründen, dass in den Darstellungen der Neuern bei aller Fülle der Beobachtungen doch die Klarheit und Übereinstimmung, so wie die lebendige und ununterbrochene Beziehung auf die *Ratio* und auf die ethischen Anforderungen an den Menschen meistens vermisst werden, welche die Darstellungen der Alten, und insbesondere der Stoiker, so sehr auszeichnen; wie denn auch der von uns angeführte Schriftsteller *Heinroth* es als seine Hauptaufgabe betrachten musste, diese von den neuern Psychologen fast ganz verlassene Bahn, die Geltendmachung des *ethischen Princips*, der unbedingten Herrschaft der *Vernunft*, der *Ratio*, von Neuem zu betreten, wodurch derselbe sich im Wesentlichen wieder an die Alten angeschlossen und den von ihnen eingeschlagenen Weg als den richtigen bezeichnet hat, ungeachtet wir die genauere Kenntniss der Alten bei ihm noch vermissen.

Somit liegt es nun aber auch klar vor, dass wir in den vielerlei Bemerkungen und Beobachtungen der Neuern über Affecten und Leiden-

schaften nichts finden, was uns berechtigen könnte, bei der Beurtheilung des gemeinrechtlichen Unterschiedes zwischen *Mord* und *Todschlag* das entscheidende Kriterium wo anders, als in dem *Impetus,* in dem aus der Perturbation hervorgehenden heftigen Impulse, zu suchen, und die Perturbation oder den Affect selbst im Sinne und Geiste der *Römer,* welche seinen mildernden Einfluss auf die Strafbestimmung zuerst festgesetzt haben und denen die *P. G. O. Karl des V.* darin bloss nachgefolgt ist, aufzufassen; obgleich wir auf der andern Seite bei der Beurtheilung des vorliegenden Falles die psychologischen Beobachtungen der Neuern mit Erfolg werden benutzen und geltend machen können.

β. Wenden wir uns daher nunmehr zur kritischen Darlegung der Ansichten und Meinungen der neuern Criminalisten über den Unterschied von *Mord* und *Todschlag,* so können wir bei der Würdigung derselben den oben als den richtigen erkannten *Römischen* Standpunkt um so weniger verlassen, als hierin zugleich unter den vielen widersprechenden Ansichten und Ausführungen der Neuern ein sicherer Anhaltspunkt gefunden wird. Jedoch bemerken wir nur noch im Allgemeinen, dass diese *criminalistischen* Darstellungen der Neuern sich in sofern an die oben auszugsweise mitgetheilten *psychologischen* anschliessen, als sie nicht bloss meistens von ähnlichen psychologischen Grundsätzen ausgehen, sondern auch den Gegensatz von Leidenschaften und Affecten in dem Gegensatze des Mörders und Todschlägers psychologisch wiederzufinden und zu zeichnen sich bemühen, so dass dadurch die *psychologische* Einsicht in diese Verbrechen bedeutend gewonnen hat, und es daher in Be-

ziehung auf den vorliegenden Fall um so leichter möglich wird, die That nicht bloss vereinzelt für sich und rein äusserlich, sondern auch innerlich und im Zusammenhange mit dem ganzen Leben des Inquisiten psychologisch richtig aufzufassen; was in Fällen so hochwichtiger Art, wie der vorliegende, wo über Leben und Tod eines Menschen erkannt wird, von der Humanität unserer Zeit mit Recht als eine unerlässliche Pflicht des Richters anerkannt worden ist. Daher werden wir auch bei der nachfolgenden kritischen Übersicht der neuern criminalistischen Literatur über Mord und Todschlag und ihren Unterschied, treffende psychologische Schilderungen des Mörders im Gegensatze des Todschlägers besonders hervorheben, um auch in dieser Hinsicht das erforderliche Licht über den vorliegenden Fall zu verbreiten.

Die *ältern* Criminalisten, welche hinsichtlich des Verbrechens der Tödtung besonders den Unterschied zwischen *Dolus directus* und *indirectus* geltend machten, würdigten den Einfluss der Gemüthsbewegung als Milderungsgrund bei der Bestrafung der Verbrechen im Allgemeinen ziemlich richtig, indem sie insbesondere eine *gerechte äussere Veranlassung zum Affecte*, den *justus dolor*, so wie einen *hohen Grad des Affectes*, der die Überlegung wirklich störe, verlangten.

Cf. *Böhmer* ad Carpzov. Qu. 6, obs. 1. Qu. 147, obs. 2.
— ad C. C. C. Art. 179, §. 2.
Matthaeus, de criminibus, proleg. c. II, n. 14; u. Lib. 48, Tit. 18, n. 8. u. 9. ff.
Tiraquell, de causis mitig. poen. Causa 1.
Baniza, de caus. mitigant. C. 1, §. 8, 11.

Lauterbach, de ira ejusque in jure effectibus. §. 33 — 65.
Ludovici, an et quatenus affectus humani in foro considerentur, Hal. 1706, §. 15.
Buchner, de imputatione actionis in ira commissae, Burgo-Steinfurt, 1770.
Westphal, Grundsätze von rechtlicher Beurtheilung der aus Hitze des Zornes unternommenen erlaubten und unerlaubten Handlungen, Halle, 1784; bes. Cap. 2, §. 3. ff.
Klein, Annalen der Rechtsgelehrsamkeit, Th. 8. S. 107 ff.

Es wurden jedoch die ältern Criminalisten auf die durch die P. G. O. begründete *besondere* Bedeutung des Affectes bei dem Verbrechen des Homicidium nicht geführt. Sie erblicken nämlich in der Bestimmung der P. G. O. Art. 137 über den aus Jähheit und Zorn verübten *Todschlag* die Regel, welche das Homicidium *simplex* begründe; dagegen in der Bestimmung über den *vorsätzlichen muthwilligen Mörder* die schärfende Ausnahme, einen Fall des Homicidium *qualeficatum*. Auf die Erwähnung der Jähheit und des Zornes legten sie demnach kein besonderes Gewicht, indem sie annahmen, dass der Todschlag oder das Homicidium meistens in einem gewissen aufgeregten zornigen Gemüthszustande seinen Grund habe. Als besonders ahndungswürdige Ausnahme erschien ihnen der Fall der boshaften kalt beschlossenen Tödtung, welche entweder mit besonderer Hinterlist oder aus gewinnsüchtiger Absicht ausgeführt werde, und auf welchen Fall sie, in Übereinstimmung mit dem Sprachgebrauche, den alten Ausdruck:

Mörder, bezogen; so dass also nicht der Affect, sondern diese hinterlistige gewinnsüchtige Absicht von ihnen besonders hervorgehoben ward und sie demnach in der Strafe des *Rades* nur eine geschärfte Drohung für den eigentlichen *Mörder* sahen.

Diese Ansicht findet sich selbst noch bei:

Quistorp, Grundsätze des Deutchen peinlichen Rechts, B. 1, § 251: „Denjenigen qualificirten Todschlag, der nicht allein *mit vieler Überlegung und wohlbedachtem Muthe* begangen worden, sondern der auch mit einer *besondern Hinterlist* verbunden ist, oder der auch auf *gewinnsüchtigen Absichten* beruht, nennt man besonders einen *Mord*. Der Mord setzt daher vermöge seines Begriffes zum Voraus: 1) den *Todschlag*, 2) den *Vorsatz*, 3) *gewinnsüchtige Absichten* oder *Hinterlist*.“

Ungeachtet schon

Koch, Institutiones juris criminalis, Ed. IX. Jen. 1791, §. 355,

darauf hingewiesen hatte, dass nach der P. G. O. jede prämeditirte, vorsätzliche, *nicht in Affect* begangene Tödtung ein *Mord*, die *in Affect* begangene dagegen ein *Todschlag* sey; so wurde doch diese Ansicht in die neuere criminalistische Literatur uud Praxis, so wie in die neuere Deutsche Strafgesetzgebung besonders erst durch *Feuerbach* eingeführt.

Feuerbach wurde hierauf unstreitig dadurch geleitet, dass er gegen die seitherige Theorie den *Affect überhaupt* als Milderungsgrund verwarf, und nur nothgedrungen ihn in dem einzigen Falle, wo die P. G. O. (Art. 137.) des Affec-

tes oder der *Jähheit* und des *Zornes* als Milderungsgrund ausdrücklich gedachte, und darauf den Begriff des Todschlages gründete, stehen liess.

Cf. *Feuerbach, Diss. de causis mitigandi ex capite impeditae libertatis, Jena,* 1799; *Dessen Revision des CriminalRechts* B. I, S. 150—422.

Noch in der 11ten Ausgabe seines *Lehrbuches*, §. 100, bemerkt *Feuerbach* in dieser Hinsicht:

„Von den Rechtslehrern werden noch als juridische Milderungsgründe angenommen: — wenn die *Selbstthätigkeit des Willens* der Person bei Begehung der That beschränkt war. Jede Thatsache, aus welcher auf eine solche beschränkte Willensfreiheit geschlossen werden kann, als Schwäche des Verstandes, *Leidenschaft*, Gelegenheit, u. s. w. bewirken daher Strafmilderung. Allein dieser Grund hat eben so sehr die Gesetze, als die Natur des bestimmten Strafgesetzes wider sich. Auch wird Niemand zum Verbrecher, ausser in Folge der Übermacht des (zur Leidenschaft oder zum Affect gesteigerten) Antriebes zur That: daher obiges als richtig vorausgesetzt, die gesetzliche Strafe niemals würde zur Anwendung kommen dürfen.“

Gewiss hatte *Feuerbach* darin sehr Recht, dass eine principienlose und schwankende Milderung der Strafe aus der ersten besten scheinbaren Causa mitigans, und daher besonders aus jeder Hitze des Affectes, wie diese nicht bloss vor 30—40 Jahren, sondern grossentheils noch jetzt

in der Praxis der Gerichtshöfe sich findet, als ein grosser Übelstand und ein tiefes Verderben der peinlichen Rechtspflege angesehen werden muss, und wohl hatte er insofern Grund, an die Worte des Römischen Rechts zu erinnern:

L. 1. §. 2—4 D. 48, 16; *Ad SC. Turpillianum:* „Facti quidem quaestio in arbitrio est judicantis, *poenae vero persecutio* non ejus voluntati mandatur, sed *legis auctoritati* reservatur."

Auch ist es ferner nicht zu leugnen, dass manche Neuern bis auf den heutigen Tag mit der Lehre von der *beschränkten Willensfreiheit* grossen Missbrauch treiben, und *Feuerbach* mit Recht behauptet, dass jedem Verbrechen *beschränkte Freiheit* zum Grunde liegt, (wie in vielen Fällen praktisch nachgewiesen ist in *Feuerbachs aktenmässiger Darstellung merkw. Verbrechen, besonders* Thl. 2.), in sofern nämlich in jedem Seelenzustande, in welchem Verbrechen begangen werden, die Seele von der Ratio, und in sofern auch von der Voluntas, („quae quid cum ratione desiderat,") und eben damit von der wahren Willensfreiheit sich entfernt, und einem, ihr besseres Seyn hemmenden und bindenden bösen Wesen sich hingegeben hat. — Auch gilt für uns, wie für die Römer, noch immer der nirgends aufgehobene, und in der Natur einer gesunden Rechtspflege tief begründete Rechtssatz, dass blosse Perturbationen oder Affecten, welche die Herrschaft der Ratio grade besonders nothwendig, allein keinesweges unmöglich, oder auch nur für den rechtlichen Mann, den bonus vir, besonders schwierig machen, keine Veränderung in der Strafbarkeit begründen, und

in sofern jede weichliche Strafrechtspflege durchaus als rechtswidrig und in ihren Folgen, wie leider die Erfahrung nur gar zu sehr bewiesen hat, nachtheilig sich darstellt. — Allein bei allem Dem hat *Feuerbach* doch offenbar übersehen, dass der *Impetus*, der *stärkere Grad des Affectes*, der auch dem bonus vir die sofortige vollständige Geltendmachung der Ratio erschwert, schon *im Römischen Rechte* als Milderungsgrund anerkannt ist und dass der Art. 137. der P. G. O. nur eine Anwendung dieses Grundsatzes in dem wichtigsten Falle enthält. Indem wir daher im Übrigen *Feuerbach* Recht geben, namentlich was seine Klagen über praktischen Missbrauch dieses Grundsatzes und verkehrte Anwendung der Lehre von der beschränkten Willensfreiheit betrifft, so müssen wir doch allen ältern und spätern Criminalisten darin beistimmen, dass der Affect an sich, jedoch unter der gedachten Beschränkung, ein Milderungsgrund sey. — Was nun aber die von *Feuerbach* zuerst weiter geltend gemachte Bedeutung des *Affectes* hinsichtlich des *Todschlages* betrifft, so bezeichnete er, und zwar, da er überall keinen Milderungsgrund des Affects annahm, und deshalb auch hier keine besondere Anwendung desselben statuiren konnte, nicht inconsequent, den Mord noch nicht als den Grundbegriff des Homicidium, sondern stellte nur *neben den Todschlag* als Tödtung im *Affect* den *Mord*, als Tödtung aus *Überlegung;* in welcher einseitigen Auffassung fast alle neueren Criminalisten ihm gefolgt sind, ungeachtet sie den allgemeinen Milderungsgrund des Affectes annahmen, und dadurch auf eine andere Auffassung des Verhältnisses zwischen

Mord und Todschlag von selbst hätten geführt werden müssen.

In seinem *Lehrbuch des peinlichen Rechts*, 11te *Ausg.* §. 215, sagt *Feuerbach:*

„Das Verbrechen der vorsätzlichen Tödtung theilt sich in den *Todschlag*, die in dem *Affect des Zorns* unüberlegt begangene Tödtung, und in den *Mord*, die Tödtung aus *Überlegung und Willkühr*."

Dass *Feuerbach* hier überdiess den Affect zu sehr bloss auf den *Zorn* bezieht, ergibt sich von selbst. Auch hat er diesen *Affect des Zornes* noch in anderer Beziehung, wohl nicht ganz richtig, zu einer allgemeinern criminalistischen BegriffsBestimmung benutzt, indem er auf denselben den Begriff von s. g. *Dolus indeterminatus* hauptsächlich gründete. Er bezeichnet nämlich die *nur auf Befriedigung der Rache durch körperliche Verletzung des Gegners überhaupt*, unbekümmert um die *Art* der Verletzung, gerichtete Absicht als *die gewöhnliche Gemüthslage des Zornigen*, dessen Affect sich in äussern Handlungen zeigt.

Cf. *Feuerbach, Betrachtungen über Dolus und Culpa, in der Bibliothek für peinliche Rechtswissenschaft*, B. II, St. 1, S. 230 ff.

„Z. B. *Ich hasse* einen Menschen, will mich auf eine empfindliche Weise an ihm *rächen*, und glaube diese Absicht nicht anders erreichen zu können, *als wenn ich ihm aufpasse* und mit einem Gewehr nach ihm schiesse. Ich weiss, dass hieraus Verwundung, aber auch Tödtung entsteheu kann; ich will ihn nicht grade tödten, und nicht grade verwunden, will ihn nicht schlechthin

eine leichte, auch nicht gradezu eine der Gesundheit fortdauernd gefährliche Wunde beibringen. Meine Absicht geht nur überhaupt auf Befriedigung meiner Rache durch körperliche Verletzung. *Welche* daraus entstehen werde, ist mir gleichgültig, wenn nur eine von den verschiedenen möglichen Verletzungen, die aus meiner Handlung entspringen können, wirklich wird. *Diess ist gewöhnlich die Gemüthslage des Zornigen, wenn sich sein Affect in äussern verletzenden Handlungen zeigt.*"

Hier ist es zunächst einleuchtend, dass der gedachte Fall sich nicht auf die Tödtung *Impetu*, auf den eigentlichen *Todschlag im Affect* bezieht; denn hier ist von Hass, Rache, *Aufpassen* die Rede; keine äussere Veranlassung eines heftig gereizten und schnell aufflammenden Zornes ist angeführt. — Es erhellt daher schon aus diesem Beispiele selbst, dass der hier bemerklich gemachte s. g. *Dolus indeterminatus* so gut bei der überlegten, als bei der unüberlegten oder affectvollen Tödtung vorkommen kann. Dass aber grade die mangelnde Determination der bösen Absicht ein Beweis der fehlenden Überlegung und demnach des Affectes sey, lässt sich nicht behaupten. Denn abgesehen auch davon, dass es hier an dem nothwendigen Erfordernisse des, den ersten heftigen Eindruck herbeiführenden, unmittelbar vorliegenden äussern Umstandes fehlt, so kann grade die Unbestimmtheit *absichtlich* seyn. Allein sobald nur der Thäter sich die naheliegende Möglichkeit der Tödtung selbst vorhalten musste, so kann, so lange die fragliche Handlung nicht absichtlich so ausgeführt ist, dass die an sich mögliche Tödtung vermieden

werde, und also die Absicht, eventuell selbst zu tödten, *bestimmt ausgeschlossen* ist, die mangelnde Determination, was das Verbrechen der Tödtung betrifft, keine Änderung in den strafrechtlichen Begriffen begründen. Und da das gemeine Recht nicht hievon, sondern nur von dem Affect als solchem den Unterschied zwischen Mord und Todschlag abhängig macht, so kann also ein solcher s. g. Dolus indeterminatus auch den Begriff des Mordes nicht ausschliessen, wie unten noch weiter gezeigt werden soll.

Wenn *Feuerbach* ferner sagt in seiner

Kritik des Kleinschrodschen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten; (*Giessen*, 1804), Th. 3, S. 81:

„Der Mörder geht auf den Tod des Andern aus, der Todschläger wird nur dazu fortgerissen; jener handelt aus *innerm Antriebe*, dieser aus *Impuls äusserer Antriebe;* bei jenem ist die gesetzwidrige Triebfeder *im Gemüthe eingewurzelt und herrschend*, bei diesem hingegen ist das nicht vorauszusetzen; jener ist in der Regel *kalter Bösewicht*, nicht dieser;"

so bezeichnet er hier *psychologisch* richtig Gegensätze, die sich im wirklichen Leben finden, und die durch den, auch von *Cicero* und den Stoikern geltend gemachten Unterschied zwischen *Perturbatio* und *Aegrotatio animi*, oder *Affect* und *Leidenschaft*, so wie zwischen *Impulsio* und *Ratiocinatio* hinreichend angedeutet worden sind. Allein, wie mehrfach gezeigt worden, ist dieser Gegensatz in solcher bestimmten Abgrenzung in unserm gemeinen Rechte *nicht* begründet, obschon nicht geleugnet werden kann, dass

die Feuerbachsche Schilderung meistens auf denjenigen anwendbar ist, welcher wegen einer *Impetu* verübten Tödtung als Todschläger erscheint, obschon auf der andern Seite auch Mancher, wegen des mangelnden Impetus, als *Mörder* zu bestrafen ist, auf welchen die obige Schilderung nicht passen, der vielmehr nach ihr bei mangelnder Leidenschaft als Todschläger erscheinen würde.

(In *Feuerbach's aktenmässiger Darstellung merkwürdiger Verbrechen*, (*Giessen*, 1828,) finden sich übrigens unter den vielen ausgezeichneten psychologischen Bemerkungen auch manche, welche sich auf die hier in Frage stehenden Untersuchungen beziehen. Wir heben von diesen nur folgende aus:

B. 2. N. XVI, S. 453 ff.: „Beim ersten oberflächlichen Blicke erscheint zwar Inquisit (*Simon Stigler*) als Todschläger *aus Hitze des Zorns*, weil die That nach einem Gezänke, während einer Rauferei verübt worden. Und solche Verbrecher verdienen in der Regel besondere schonende Rücksicht, wie des Gesetzgebers, so des Begnadigers. Der Todschlag im Affect des Zorns ist ein Verbrechen, dessen selbst die edelsten Naturen fähig sind. Wenn die Empfindung wahren oder vermeinten Unrechts sich als Affect der Seele bemächtiget und zuletzt wie ein tobender Sturm alle abmahnenden Vorstellungen, alle entgegentretenden Gefühle mit sich fortgerissen hat, wenn dann der Zorn durch die aufgeregte Einbildungskraft den Beleidiger in allen Farben des Hasses vor die Augen der Seele führt, und nun, bei unbewachter Vernunft, bei betäubtem Verstande, der Hass die Rachgier, die Rachgier beleidigende That erzeugt: dann erscheint die

Handlung und der ihr zum Grunde liegende Entschluss weniger als das Ergebniss eines gesetzwidrigen Willens, denn als Ausbruch eines an sich unschuldigen, an sich edlen, menschlich gerechten Gefühls, welches nur, indem es durch das Übermaass seiner Lebendigkeit und Innigkeit bis zum Affect gesteigert worden, den Menschen plötzlich zu etwas Anderem gemacht, als er gewöhnlich ist, ihn anders zu handeln gezwungen hat, als er nach seinem Character, wäre er seiner mächtig gewesen, gehandelt haben würde. Hier kommt daher weniger in Rechnung der unmittelbare Entschluss zur rechtswidrigen That selbst, als vielmehr die *unvorsichtige Nachsicht* des Menschen gegen die zum Affect heranwachsende Empfindung und dass er sich nicht der Gelegenheit, in seiner Zornwuth zu schaden, zeitig entzogen hat. Bei Verbrechen aus Hitze des Affects grenzt daher meistens der rechtswidrige Vorsatz ziemlich nahe an die *Fahrlässigkeit*, wenn er sich nicht, was bei dem Zorn in seinem höchsten Grade der Fall ist, ganz in das Gebiet derselben verliert. Aus diesem Grunde, und weil hier die Vorstellung von der bevorstehenden Strafe nicht sowohl den Starrsinn einer dem Gesetze drohenden Bosheit zu überwältigen, als ein seiner selbst vergessendes Gemüth aus der Betäubung des Affects zu sich selbst zurückzuführen hat, eben darum haben verschiedene neuere Gesetzgebungen die Todesstrafe bloss dem eigentlichen Mörder mit weiser Schonung vorbehalten. — *Dass aber eine Tödtung in einer Rauferei oder unmittelbar nach Zank und Streit begangen worden ist, gibt noch keineswegs einen Beweis für die Entstehung der That aus der Quelle des Affects.* Jene Um-

stände gründen an sich bloss eine menschliche Vermuthung, die den Richter zwar zur nähern Nachforschung auffordern muss, alsdann aber oft durch das Gegentheil widerlegt wird. Noch grösseren Irrthum begehen diejenigen Richter, welche, aus Verwirrung wesentlich verschiedener psychologischer Begriffe, in jedem Falle, wo sie, nach vorhergegangener wahrer oder vermeintlicher Beleidigung, eine lebhafte, schnell zur That übergehende Rachsucht finden, sogleich auch den Affect des Zornes wahrzunehmen und denselben Maasstab der Beurtheilung anlegen zu müssen glauben, welchen Billigkeit und Recht nur für den eigentlichen Todschläger fordern. — An einem Verbrechen aus Zorn hat zwar ebenfalls die Rachsucht immer ihren wesentlichen Antheil, soferne die zum Affect gesteigerte *Empfindung des Unrechts* (Zorn) den *Hass* wider den Beleidiger, der Hass die *Begierde zu schaden* (Rachgier), diese die schädliche That erzeugt. Aber bei weitem nicht jedes Verbrechen in Rachsucht beschlossen, mit der tobendsten, glühendsten Rachgier vollbracht, ist zugleich ein Verbrechen aus Zorn. — Zorn ist ein *Affect*, Rachsucht eine *Leidenschaft;* jener eine gesteigerte *Empfindung*, diese eine gesteigerte *Begierde*. Jene hat ihren Sitz im *Gefühlvermögen*, diese in dem *Begehrungrungsvermögen*. Der *Zorn* erweckt Rachsucht und öffnet dieser den Weg, auf welchem sie das Gemüth überschleicht, und sich dessen unerwartet bemächtigt; die *Rachsucht*, selbst wenn sie frische Beleidigungen verfolgt, kann bei aller Kälte der Empfindung, ohne dass ein vorhergehender Affect das Gemüth in Sturm gebracht hat, mit der ihr selbst inwohnenden Kraft auf das Heftigste toben. Der Zorn

betäubt das Gemüth, verwirrt den Verstand durch die Fieberhitze entzündeter Phantasie, und beschränkt oder nimmt der Überlegung ihre Kraft; die Rachsucht ist an und für sich kalt, fesselt, wie jede andere Leidenschaft, die Vernunft, lässt aber dem Verstande seine Freiheit, belebt und schärft ihn sogar, und macht ihn geschickter zum Dienst für ihre Zwecke. Eine Handlung im Zorne ist daher unbesonnene, eine Handlung aus Rachsucht, wo nicht immer überlegte, doch *besonnene* That. Der Zorn ist stets offen und ehrlich in seiner Furchtbarkeit, der Grimm der Rachsucht ist gewöhnlich verschlossen und tükkisch. Jener ist in der Regel schnell wirkend, ähnlich einer plötzlich auflodernden Gluth, die, was sie ergreift, auf der Stelle verzehrt, aber auch bald in sich selbst wieder zusammensinkt; diese hingegen ist, wenn auch nicht immer, doch gemeiniglich eine sich tief eingrabende, in sich selbst brütende, sich an sich selbst nährende und stärkende Leidenschaft, die ihr Opfer hartnäckig sucht, und sich nur in diesem sättigt. Der Zornige, hingerissen zu unüberlegtem Handeln, findet in der Befriedigung seiner Leidenschaft gewöhnlich zugleich die Reue, oft auch die Schrecken der Verzweiflung über seine eigne That; der Verbrecher aus blosser Rachgier blickt mit der Kälte des gesättigten Bedürfnisses, wohl auch in freudigem Genuss auf das Werk seiner Hand zurück.“)

Mit *Feuerbach* stimmte über Mord und Todschlag im Wesentlichen überein:

Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft, 2te Aufl. B. 1, §. 156:

„Die positiven Gesetze unterscheiden zwischen *Todschlag* und *Mord.* Unter *Todschlag*

(Homicidium simplex) wird jede *in der Hitze der Leidenschaft* (*Gemüthsbewegung*) beschlossene und verübte Tödtung verstanden. Ein *Mord* dagegen (*qualificirter* oder *ausgezeichneter Todschlag*, Homicidium qualificatum) heisst jede mit Überlegung und *planmässig* verübte Tödtung eines Menschen.“

Es erhellt, wie *Tittmann* sich theilweise noch an die ältern Criminalisten anschliesst, indem auch er den Todschlag als Homicidium simplex, also als den Grundbegriff, und den Mord als Homicidium *qualificatum*, also als die besondere Steigerung desselben ansieht; was aber mit der veränderten Begriffsbestimmung des Mordes wenig zusammenstimmt, (cf. *Wächter*, a. a. O. B. 2. S. 131.) und die Gefahr veranlasst, dass man gegen den Geist des gemeinen Rechts auf die beim Morde erforderliche Überlegung ein zu grosses Gewicht legt. Deshalb lässt sich auch das Erforderniss der *Planmässigkeit* nicht rechtfertigen, sobald darin mehr als ein gewöhnlicher Entschluss gesucht werden soll. Übrigens erkennt auch *Tittmann* selbst diess in sofern an, als er, von einem richtigen Gefühle geleitet, bemerkt, a. a. O. S. 314, 315:

„Immer kann also der Entschluss des Mordes in der Hitze gefasst werden, wenn nur die Ausführung desselben *nicht auf der Stelle, sondern erst nach Verfluss irgend einer Zwischenzeit*, in welcher sich eine *Überlegung* der That nach ihrer Beschaffenheit und Folgen denken lässt, erfolgte. Auch ist ein *ganz ruhiger*, d. i. ein von allem Andrange äusserer Umstände freier Zustand hierbei nicht nöthig, sonst würde

jeder Mörder die Beschuldigung des Mordes von sich ablehnen können, weil jeder von irgend einer leidenschaftlichen Triebfeder gereizt wird. Besonders erkennbar wird die *Überlegung*, wenn die Ausführung des Entschlusses erst eigene Vorbereitungen oder Wegräumung besonderer Schwierigkeiten erfordert, z. B. *die Herbeiholung der tödtenden Instrumente, das Hingehen an den Ort, wo sich der zu tödtende Mensch befindet*, u. s. w. *Je längere Zeit* zwischen dem Entschlusse und der Ausführung verstrichen war, und *je grössere Vorbereitungen* dieselbe erforderte, *desto grösser ist die Vermuthung für die geschehene Überlegung.*" —

Es zeigt sich nur auch hier die theilweise noch immer einseitige Auffassung darin, dass, weil Todschlag und Mord sich als zwei generisch verschiedene Verbrechen entgegengesetzt werden, von denen das eine durch die Hitze der Leidenschaft, das andere durch die Überlegung charakterisirt wird, eine besondere Nachweisung der stattgefundenen Überlegung verlangt wird, ungeachtet angedeutet ist, dass diese oft nur *approximativ* geschehen könne, und von mehr oder minder grosser *Vermuthung* für die geschehene Überlegung die Rede ist, während die richtig hervorgehobenen Umstände nur dadurch wichtig werden, dass aus ihnen der Mangel eines Impetus, eines die Überlegung überwältigenden Affectes hervorgeht. — Mit Recht bemerkt auch *Tittmann* (a. a. O. §. 123.) und zwar meistens in Übereinstimmung mit den ältern Criminalisten, dass der Affect, die Gemüthsbewsgung bei allen Verbrechen nur in sofern als Strafmilderungsgrund

angesehen werden könne, als dieselbe 1) durch einen *ausser* dem Verbrecher liegenden und von ihm durch seinen verbrecherischen Willen nicht unmittelbar verursachten Drang, z. B. also durch eine Beleidigung, einen Rechtsverlust u. s. w. entstanden seyn müsse; weshalb Gemüthsbewegungen, welche die unrechtmässige Begierde des Verbrechers selbst, oder der ihr entgegengesetzte Widerstand hervorbringen, bei der Bestrafung nicht in Anrechnung kommen dürfen; 2) die Gemüthsbewegung *in einem hohen Grade* vorhanden gewesen seyn müsse; so dass die Überlegung der Handlung wirklich gestört worden sey, endlich 3) die Gemüthsbewegung noch *während der Vollbringung der Handlung* fortgedauert haben müsse. Dagegen kann man aber der Bemerkung *Tittmanns* nicht beitreten, dass die *Länge* der *Zwischenzeit* nicht wesentlich in Betracht komme, da das *Verhalten des Zornes* öfters *noch stärker* wirke und das Daseyn der Gemüthsbewegung, nicht bloss die Entstehung derselben entschuldige. Dass der Affect bei Manchem durch das Verhalten noch wachse und endlich in Leidenschaft übergehe, ist freilich *factisch* nicht zu leugnen. Allein es wird gegen den Affect die gehörige Anwendung der Ratio, „dieser Socratischen Arzeney“ verlangt, und je länger dieses versäumt wird, desto grösser wird die Schuld, desto geringer die Entschuldigung aus dem Affecte, desto weniger kann noch von einem *Impetus*, einem plötzlichen Anfall, die Rede seyn. Eben so wenig kann man ohne weiteres der Behauptung *Tittmanns* (a. a. O. Note p.) beipflichten, dass man bei *kleinen* Rechtsverletzungen eher an Mangel an Überlegung glauben könne, als bei *schweren; indem die Grösse der aus*

Rache zugefügten Beleidigung zur Überlegung nöthige; wenn gleich nicht zu verkennen ist, dass hierin eine richtige psychologische Bemerkung in sofern ausgesprochen ist, als *manche* Charaktere, besonders wenn Hass und Feindschaft schon begründet sind, durch die Grösse der Beleidigung nur um so entschiedener sofort zu Racheplänen veranlasst werden. Liegt aber der *Affect* vor, dann wird die Grösse derselben auch von der Grösse der Beleidigung wesentlich abhangen.

Den Vorgenannten gesellte sich auch zu:

Konopack in seinen Anmerkungen zu Quistorp, Grundsätze des peinl. Rechts, 6*te Ausg.* B. 2, S. 17, *in der Note* zu §. 221:

„Man muss damit anfangen, das man *Mord* und *Todschlag* unterscheidet. *Feuerbach* setzt diesen Unterschied in der Hitze des Affects, wodurch der Todschlag sich vom Morde auszeichnet. *Tittmann* stimmt ihm bei und der Art. 137 der P. G. O. spricht für sie. Nur muss man unter diesem Affecte nicht eben den *Zorn* gegen den Erschlagenen verstehen. Auch die Tödtung eines Gegners, von dem man nicht besonders gereizt worden ist, in einem plötzlich entstehenden Tumult kann ein Todschlag *aus Jähheit* seyn. Alles kommt dabei auf den Mangel der Besonnenheit an, weniger aber auf die Zeit, welche zwischen dem ersten Reize zur That und der That selbst verflossen ist. Der entschlossene Bösewicht, welcher sogleich nach empfangenem Reize zur Rache seinen Feind vergiftet, gibt durch sorgfältige Auswahl und überlegten Ge-

brauch des tödtlichen Mittels kalte Besonnenheit zu erkennen. — *Muthwille* bedeutet die Lust, Böses zu thun, besonders zur Zeit, da die P. G. O. abgefasst wurde. — Hiernach bestimmt sich der Begriff des blossen Todschlages nur dahin, dass er *nicht mit Überlegung und einer boshaften Absicht* ausgeführt sey.“

Offenbar sind diese Bemerkungen grösstentheils treffend, so wie denn auch eine richtigere Ansicht beider Verbrechen hier schon durchschimmert. Jedoch ist es zu missbilligen, dass der Begriff des Todschlages bloss negativ gefasst ist, und deshalb das Positive des heftigen Affectes, des Impetus nicht genug hervorgehoben wird; so wie auch das, was über die *boshafte* Absicht, die beim Morde vorhanden seyn, beim Todschlage fehlen soll, gesagt ist, und was durch eine zu wörtliche Interpretation der, nicht genug im Zusammenhange mit dem Römischen Rechte gewürdigten P. G. O. veranlasst ist, den Begriff des Mordes zu eng, den des Todschlages zu weit gefasst erscheinen lässt.

Wichtig für die richtigere Auffassung von Mord und Todschlag wurde aber besonders die Bemerkung von:

Grolman, Grundsätze der Criminal-Rechtswissenschaft, 4te Aufl. §. 262:

„In der bestimmten mildern Strafe des vorsätzlichen blossen Todschlages liegt offenbar nichts anders, als ein gesetzliches Anerkenntniss, dass der, bei allen in dem Zustande des Affects begangenen Verbrechen entscheidende gemeine Milderungsgrund auch für die Bestimmung der Strafe der Tödtungen von Wirksamkeit sey. — Diese An-

sicht ist äusserst richtig für den Begriff des Mordes. *Jede dolose Tödtung, bei welcher nicht der aus dem Affect abgeleitete Milderungsgrund eintritt, ist Mord,* wenn auch das Daseyn anderer Milderungsgründe selbst eine gelindere Strafe, wie bei dem blossen Todschlage rechtfertigen sollte.“

Hiermit war zum ersten Male der dem gemeinen Rechte entsprechende richtige Grundsatz ausgesprochen worden, dass nämlich der Mord den Grundbegriff des Homicidium bildet und dass wie bei andern Verbrechen, so insbesondere auch bei diesem als Milderungsgrund der Affect in Betracht kommt, nur dass durch die P. G. O. für diesen Fall zugleich der besondere Name des *Todschlages* festgesetzt und damit derselbe als eine eigene Art der Tödtung anerkannt worden ist. Zugleich bemerkte aber *Grolman*, a. a. O. dass die Anwendbarkeit der übrigen gemeinen Milderungsgründe bei dem Verbrechen der Tödtung dadurch keinesweges ausgeschlossen worden sey, ja dass sich nicht einmal behaupten lasse, dass die mildere Strafe der im Affecte begangenen dolosen Tödtungen in allen Fällen die gesetzlich bestimmte Strafe des Schwerdtes seyn solle, sondern dass vielmehr aus andern Dispositionen der Gesetze, nämlich Art. 142 u. 150 der P. G. O. verglichen mit Art. 245 der Bambergensis, erhelle, dass bei Tödtungen, welche *aus einem durch empörende Ungerechtigkeiten gereizten Zorne* entsprungen seyen, nach den Umständen bei weitem geringere Strafen eintreten müssten, wenn auch der Mangel aller Bedingungen zur Imputabilität eine absolute Straflosigkeit anzunehmen nicht erlauben sollte. — Aus dem oben Entwickelten geht hervor, dass

die zuletzt angezogenen Art. der P. G. O. allerdings nur in ihrer Beziehung aufs Römische Recht verständlich werden, und dass darnach auch noch jetzt der den Ehebrecher widerrechtlich tödtende Ehemann *ob Impetum justissimi Doloris* mit der Todesstrafe zu verschonen sey. Da nun aber die P. G. O. Jähheit und Zorn schon berücksichtigt und für eine derartig begangene Tödtung die Schwerdtstrafe festgesetzt hat, so erhellt, dass von dieser für solchen Fall angeordneten Strafe nur dann nach Analogie des gedachten Falles abgewichen werden darf, wenn ein völlig gleicher, oder noch heftigerer *Impetus justissimi doloris* vorliegt. Wegen anderweitiger oder minder heftiger Affecten würde sich jedoch nicht, wenigstens nicht ohne Nachweisung eines festen Gerichtsgebrauches, eine solche Abweichung von der gesetzlichen Vorschrift rechtfertigen lassen. —

Bei den spätern Criminalisten tritt uns im Ganzen die richtige Beziehung des Todschlages auf den *Affect* entgegen; allein theils ist dieser oft unrichtig als *Leidenschaft* bezeichnet, theils ist häufig nicht genug beachtet, dass überall nur der *heftige* Affect, der *Impetus*, besonders zu berücksichtigen ist, und daher zum Morde nicht völlige Affectlosigkeit gehört, theils ist nicht selten beim Morde der Entschluss oder Vorsatz noch immer zu sehr als *Planmässigkeit* behandelt und auf den Vorsatz und den Beweis desselben ein zu grosses Gewicht gelegt. Überhaupt sind die Neuern dadurch, dass sie den einfachen Römischen Standpunkt aufgaben, und aus der einseitigen Interpretation der P. G. O. so wie aus eigner subjectiven Auffassung sich einen besondern Standpunkt zu bilden suchten, dahin gekommen, dass sie meistens dem einen oder andern

Extreme anheimfielen, nämlich entweder den *Vorbedacht*, die *Praemeditatio*, beim Morde als das Entscheidende ansahen, und alsdann den Mord in einem zu engen Sinne als ein besonderes Verbrechen auffassten, und dafür Planmässigkeit forderten, die mögliche Nachweisung der stattgefundenen Überlegung u. dgl. verlangten, oder dass sie im *Affect* den Unterschied suchten und nun den Begriff des Todschlages deshalb zu weit fassten, weil sie jeden Affect geltend machten, und für den heftigen oft selbst Zurechnungslosigkeit in Anspruch nahmen. Oft vermisst man, wie überhaupt so auch hier, den *sittlichen Ernst des Römischen Rechts und der Stoa*, so dass Manche, von falscher Humanität getrieben, über den Entschuldigungsgrund des Affectes die Strafbarkeit der Vernichtung eines Menschenlebens übersahen; was auf Praxis und Gesetzgebung nachtheilig einwirkte. Auf der andern Seite ist aber auch nicht ein sichtbarer Fortschritt zur richtigern Würdigung dieser Verbrechen besonders in der jüngsten Zeit zu verkennen, nur dass uns nirgends eine feste und hinreichend ausgebildete Theorie entgegentritt, welche eine neue selbstständige Forschung unnöthig machte. —

Diese Bemerkungen treffen zunächst und vorzüglich einen Hauptschriftsteller in dieser Lehre, *Henke,* in dessen, aus verschiedener Zeit herrührenden Darstellungen man den eigenthümlichen Entwicklungsgang dieser Lehre in der neuern Literatur besonders wahrnehmen kann.

Anfänglich schliesst *Henke* sich noch entschieden an die ältern Criminalisten an, verwirft die Beziehung des Todschlages auf den *Affect,* so wie die Annahme von einem in ihm enthaltenen *Milderungsgrunde.*

Cf. *Eduard Henke, Geschichte des Deutschen peinlichen Rechts, Sulzbach,* 1809, Th. 2. S. 94, *Note* m:

„Ob es sich daher wohl rechtfertigen lässt, wenn besonders neuere Criminalisten ein gesetzliches Anerkenntniss des von ihnen aufgestellten Satzes finden wollen, dass die im *Affect* begangene Handlung immer milder zu bestrafen sey, und wenn sie auf diese Art die Auctorität des Gesetzes für einen Milderungsgrund erhalten wollen, von welchem die P. G. O. durchgehends schweigt?! Wir bezweifeln sehr. — Aus der Vergleichung des Art. 137 der P. G. O. mit den angeführten StrafSanctionen der ältern Zeiten geht es klar hervor, dass diese letztern zum Muster dienten. (?) Und dass in ihnen der Todschlag nicht für die im *Affect* begangene Tödtung genommen, sondern dem Morde nur in sofern entgegengesetzt wurde, als er nicht weder *heimlich* und *hinterlistig*, sondern *gerade und offen* vollführt wurde, diesen Sprachgebrauch werden die angeführten Zeugnisse aus jener Zeit sattsam bekräftigen. *Und somit fällt jener Milderungsgrund von selbst hin* (?); denn dass in dem 137sten Artikel die Beiwörter *„fürsetzlich und muthwillig"* zur Charakteristik des Mordes gebraucht sind, beweist natürlich für jene Bedeutung des Todschlages nichts. Auch scheint man in den Worten dieses Artikels: „der ein todschlag *oder* aus gecheyt und zorn gethan" das Wörtchen *oder* sehr geflissentlich zu übersehen."

Wie hier fälschlich ein Zusammenhang der P. G. O., statt mit dem *Römischen* Rechte,

mit dem ältern *Deutschen* Rechte angenommen ist, erhellt schon aus dem von uns oben Erörterten und wird aus dem weiter unten Folgenden noch mehr hervorgehen. Auch hat, wie gleich gezeigt werden soll, *Henke* selbst indirect diese Ansicht später aufgegeben.

Schon in seinem Lehrbuche nähert der Verfasser sich entschieden der neuern Theorie, ungeachtet er hier noch, vielleicht um seine frühere Ansicht noch einigermaassen zu vertreten, nicht von *Affect*, sondern von *Leidenschaft* redet, und jede *leidenschaftliche* Tödtung für einen Todschlag, im Gegensatze des *bei kaltem Blute* beschlossenen und *planmässig* ausgeführten Mordes, erklärt.

Cf. *Eduard Henke*, *Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft*, *Zürich*, 1815; §. 154. 176: „Diejenige Tödtung eines Menschen, die *planmässig* und *mit Überlegung* verübt worden, heisst *Mord.* Was ihn vom Todschlag unterscheidet, ist eben die *planmässige Ausführung des bei kaltem Blute* gefassten, oder wenigstens überlegten Entschlusses zur Tödtung; da hingegen das charakteristische Merkmal des Todschlages ist, dass die Tödtung *in der Hitze der Leidenschaft* geschieht (oder nach §. 176: in der *Hitze* einer, nicht alle Zurechnung ausschliessenden *Leidenschaft gefasst und während der Fortdauer derselben ausgeführt* ist.) — Der Todschlag unterscheidet sich vom Morde nicht in Hinsicht der Absicht; denn er kann *nicht bloss aus Culpa* (?), sondern auch aus *Dolus* begangen werden. Der Todschlag ist demnach *leidenschaftliche Tödtung* sowohl in Beziehung auf den Ent-

schluss, als auch die Ausführung desselben. Wo der Entschluss *zwar in der Leidenschaft gefasst*, aber erst später *vollzogen* ist, da ist nicht Tödtung, sondern Mord vorhanden."

Wie aber, frägt sich, stimmt mit der letztern Äusserung das Erforderniss der *Planmässigkeit* beim Morde? Weil *Henke* hier auch den Mord im Gegensatze des Todschlages nicht bloss negativ auffasst, sondern die *Überlegung* als das Charakteristische des Mordes betrachtet; so will er auch (§. 177), dass im Zweifel die Umstände berücksichtigt werden, welche die *Überlegung* des Entschlusses zur Tödtung beweisen, wie z. B. die Länge der Zeit, welche zwischen den, jenen Entschluss erzeugenden äussern Veranlassungen und der Vollführung der That verfloss, mehr aber noch darauf, ob dieselbe erst nach Überwindung äusserer Hindernisse und als Mittel zu einem nur durch den Verstand vorstellbaren Zwecke verübt worden. — Nach der von uns oben entwickelten richtigern Theorie kommen aber diese und andere Umstände zunächst nur in sofern in Betracht, als aus ihnen der *Mangel des heftigen Affectes, des Impetus*, klar hervorgeht. Mit *Grolman* will auch *Henke*, (a. a. O. §. 178, Note 3,) dass *ein ungewöhnlich hoher Grad des Affectes*, vorzüglich eines *durch empörende Ungerechtigkeit gereizten Zornes*, als Milderungsgrund noch besonders anerkannt werde, obgleich die *Leidenschaftlichkeit* der *Begehung* grade dasjenige Moment sey, um dessen willen *schon das Gesetz* die Strafe dieser Art der Tödtung im Verhältniss zur Strafe des Mordes herabgesetzt habe; was auch neuere Gesetzgebungen, z. B. das Baierische Strafgesetzbuch, Art. 152, ausdrücklich anerkannt hätten. Wie

schon oben bemerkt, lässt sich gegen diese Behauptung wohl nichts einwenden, sobald nur nicht übersehen wird, dass überall nur ein *bedeutender Affect*, ein *Impetus*, als Strafmilderungsgrund hier anerkannt werden kann, und auch schon von der P. G. O. Art. 137 vorausgesetzt worden ist.

Erst in seinen spätern Darstellungen erkennt auch *Henke* theils den *Affect* nun auch als das, Mord und Todschlag unterscheidende Kennzeichen an, so wie er auch jetzt den Unterschied zwischen *Affect* und *Leidenschaft* bei diesen Verbrechen vorzugsweise geltend zu machen sucht.

Cf. *Eduard Henke*, *Handbuch des CriminalRechts und der CriminalPolitik*, *Berlin* 1826, *Th.* 2, §. 99, S. 71:

„Soll der Todschlag den Gegensatz bilden von Mord, diese Bezeichnung in der einmal angenommenen neuern Bedeutung genommen, so kann das Unterscheidungsmerkmaal desselben in nichts anders gesetzt werden, als *in das Affectvolle der Begehung der Tödtung*, so zwar, dass der Entschluss zu derselben — im Affect gefasst, *und* noch vor der Rückkehr besonnener Überlegung auch ausgeführt wird. — Wenn es zweifelhaft seyn sollte, ob eine Tödtung den Charakter des Mordes oder des Todschlages an sich trägt, *muss vor allen Dingen zurückgegangen werden auf die erste innere Quelle der That*, *die sich bald in einem gesteigerten Gefühle* (*Affect*, *Gemüthsbewegung*), *bald in einer gesteigerten Leidenschaft finden kann.* Der Affect handelt ohne die vorausgegangene Vorstellung eines Zweckes, denn er ist unwillkühr-

liche Aufwallung und Exaltation des Gefühls; die Leidenschaft dagegen handelt mit Berechnung und Voraussicht, indem sie einen vorgesetzten Zweck zu erreichen strebt. Da aber der Affect zur Leidenschaft *werden* kann, so wie umgekehrt die Leidenschaft oft auch einen Affect erzeugt, so muss, wenn von einer rein affectvollen und darum die mildere Gestalt des Todschlages an sich tragenden Tödtung die Rede seyn soll, *Gewissheit darüber vorhanden seyn, dass die Entstehung des Affects nur dem gereizten Gefühle, nicht aber etwa dem Begehrungsvermögen zugeschrieben werden könne.* Um dieselbe zu erlangen, muss vorzüglich *auf die Länge der Zeit*, die zwischen den äussern Veranlassungen, welche den Entschluss zur That erzeugten, und der Ausführung desselben verflossen ist, gesehen werden. Eine Tödtung z. B., die wegen einer schon vor längerer Zeit empfangenen Beleidigung begangen worden, kann nur aus der *Begierde der Rache*, nicht aus dem *Gefühle des Zornes* erklärt werden, wenn auch jene Begierde ihre erste Entstehung dem Affecte des Zorns verdankt und, nachdem sie einmal Wurzel geschlagen hat, das Wiedererwachen des Affects begünstigt. Die Rache kann von dem ursprünglichen Anlass, welcher die Begierde nach derselben erzeugte, in der Zeit sehr entfernt stehen; der Zorn hingegen kann von seinem zureichenden Grunde, durch den er Maass und Ziel erhält, nicht getrennt werden. *Bei der affectvollen Tödtung fallen daher der Entschluss zur That und die Ausführung des-*

selben in Einen Moment; wenigstens ist zwischen beiden kein hinlänglicher Zwischenraum, der eine besonnene Überlegung gestattete. Ob aber ein solcher *Zwischenraum* vorhanden war oder nicht, ob also *Mord* oder *Todschlag* anzunehmen sey, muss vorzüglich aus der Art der Ausführung der That, und aus dem Benehmen des Thäters nach derselben beurtheilt werden. Der im Affect Handelnde wählt nicht besonnen Ort und Zeit zur Ausführung der That, wartet nicht die günstigste Gelegenheit ab, ergreift nicht die geeignetsten Mittel; denn die Gemüthsbewegung, die ihn beherrscht und fortreisst, erlaubt keine Überlegung. Mittel daher, deren Anwendung eine besondere Verstandesthätigkeit voraussetzen, — charakterisiren den Mord; äussere Gewaltthatigkeiten durch Schlagen, Stechen, Stossen u. s. w. den Todschlag, was schon der Wortsinn andeutet. Da ferner der Affect seiner Natur nach auf eine kurze Dauer beschränkt ist, so muss nothwendig bei dem Todschläger bald *Reue* eintreten, die dann meistens auch schnell zu einem offenen Geständniss der That, bisweilen sogar zur SelbstDenunciation treibt; dahingegen der Verbrecher aus Leidenschaft meistens ein hartnäckiger Leugner ist. Übrigens versteht sich von selbst, dass zur Strafbarkeit des Todschlages ein nicht alle Zurechnung ausschliessender Affect vorausgesetzt wird.“

Diese spätere Darstellung *Henke's* hat den Vorzug, dass sie, auf psychologische Erörterungen eingehend, den Unterschied zwischen *Leiden*-

schaften und *Affecten* entschiedener geltend macht. Jedoch ist dabei nicht zu übersehen, dass *Henke* hierin besonders gefolgt ist:

Egger, über Mord und Todschlag nach allgemeinen und besondern RechtsPrincipien, Landshut, 1816.

Egger, von der genauern Unterscheidung zwischen Leidenschaft und Affect ausgehend, zeigt, dass der Richter, wenn er den einzelnen Fall richtig bestimmen will, sehen müsse: 1) auf die Art der Seelenstimmung des Verbrechers, 2) auf die Zwecke, welche er sich vorsetzte, 3) auf die *Zeit* zwischen Entschluss und Ausführung 4) auf die Art der Ausführung selbst, 5) auf das Benehmen des Inculpaten nach der That.

Cf. *Neues Archiv für CriminalRecht,* B. 1. S. 680.

In Beziehung auf *Henke* und *Egger* müssen wir zunächst auch wiederholen, dass eine bestimmte *Leidenschaft* nicht ein wesentliches Requisit des Mordes sey, dass dieselbe vielmehr auch bei geringern *Affecten* aus der allgemeinen Vitiositas, dem tiefen sittlichen Verfall eines Menschen hervorgehen kann; wie davon ja denn nicht nur in Zeiten roher Verwilderung, sondern auch mitten in unserer cultivirten Zeit grausenvolle Beispiele vorkommen. Mit Recht hat daher *Heinroth* in seiner CriminalPsychologie (s. oben) den *aus Affecten und Leidenschaften* verübten Verbrechen die *Verbrechen aus Bosheit* entgegengesetzt, und zu letzteren mehrere der von *Feuerbach* und *Hitzig* mitgetheilten CriminalFälle gerechnet. Alsdann erscheint aber auch die criminalistische Anwendung der, bei den neuern Psychologen gewöhnlichen Unterscheidung zwischen *Gefühls-* und *Begehrungsvermögen*

in sofern bedenklich, als der dem Affect zum Grunde liegende *erste* Eindruck allerdings dem Gefühlsvermögen angehört, und eben deshalb unwillkührlich ist, die affectvolle *Handlung* aber, in sofern sie nicht unwillkührlich und willenlos geschah, sondern mit *Willen* und *Entschluss*, „*Judicio et opinione*," allerdings aus dem *Begehrungsvermögen* abzuleiten ist, wie denn auch die Alten ebendeshalb gewiss mit Recht die Ira als die *Libido*, oder *Cupiditas* poenae exigendae darstellten. Nur in sofern wird der Unterschied zwischen Affecten und Leidenschaften wichtig, als bei letztern der Entschluss nicht Werk des *Augenblickes* und Folge des ersten schmerzlichen Eindruckes, sondern einer tiefern Verstimmung der Seele ist und die Entschuldigung des Impetus ganz wegfällt. — Eben des allein entscheidenden Impetus wegen ist es richtig, dass *rechtlich* nur der, von seinem Grunde der Zeit nach nicht getrennte Zorn in Betracht kommt, und Entschluss der That und Ausführung desselben in Einen Moment zusammen fallen müssen, wenigstens durch keinen irgend wesentlichen Zeitabschnitt getrennt seyn dürfen. Allein psychologisch kann der Zorn auch von seinem Grunde der Zeit nach in sofern getrennt gedacht werden, als er bei dem Gedanken an das erlittne Unrecht sich auch später noch wieder erneuern kann, jedoch nur in abnehmender Stärke, widrigenfalls der Ausbruch des Zornes nicht mehr dem blossen Affecte, oder dem ersten Eindrucke, sondern schon der Leidenschaft, der *Aegrotatio animi*, angehört.

Eine bestimmtere, jedoch nicht genügende Zurückführung der Lehre von den Affecten aufs Römische Recht, wie dieselbe früher schon als nothwendig angedeutet war von:

Welcker, die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe, Giessen, 1813, S. 565 u. 566,

der den *Impetus* als *Römischen* Ausdruck für Affect bezeichnete, tritt uns entgegen bei

Rosshirt, Lehrbuch des CriminalRechts, Heidelberg, 1821, §. 84, S. 166, Note 8:

„Die andere Klasse der hier zu berücksichtigenden Verbrecher, (die vom Affecte Ergriffenen, die ihrer Rohheit wegen vom Instinct Getriebenen etc.) *muss sich auf das Römische Recht stützen.* Der Affect, der Instinct, das Irrdische im Menschen, welches ungestüm in ihm sich erhebt (*Impetus* nach dem Ausdruck der juristischen Klassiker, *repentinus motus* nach *Cicero,* de offic. I, 8.) wurde von den Römern so sehr beachtet, dass sie eine eigne Klasse von Handlungen bildeten und sie zwischen der kalten Praemeditation und der Culpa (?) in die Mitte stellten." —

Eine weitere Entwicklung des Impetus nach Römischen Ansichten, eine Darlegung der Lehre von der Perturbatio etc. vermissen wir aber; so wie auch jene ganze Ausdrucksweise der *Römischen* Auffassung noch wenig entspricht. — Was nun aber die Anwendung der Römischen Lehre vom Impetus auf die Tödtung betrifft, so fehlt diese hier gänzlich. Übrigens handelt auch *Rosshirt* (a. a. O. §. 149 ff.) *zuerst* den *Todschlag* ab, und *demnächst* erst (§. 151. ff.) den *Mord,* so wie er noch weiter beide Verbrechen als auf gleicher Linie stehend darstellt. Mit Recht bemerkt jedoch auch *Rosshirt* (a. a. O. §. 149,), dass man, was im einzelnen Falle die Frage, ob Mord oder Todschlag vorliege, be-

treffe, *aus den Umständen vor, bei und nach der Handlung* auf den innern Zustand des Handelnden schliessen müsse, so wie, dass insbesondere *die Grösse des Zeitraumes* zwischen der Ausführung der That und der den Willen bestimmenden äussern Veranlassung in Betracht kommen müsse, weil der Mensch schon durch den Ablauf einiger Zeit aus dem Affecte komme, so dass der nüchterne Verstand wieder zu seiner Herrschaft gelange. — Indem nun aber *Rosshirt*, wie bemerkt, sich nicht begnügt, nach Anleitung des Römischen Rechts durch die Berücksichtigung des Impetus den Todschlag von den übrigen Fällen der dolosen Tödtung oder vom Morde auszusondern, sondern an den von ihm selbst (S. 332, Note 2.) für *synonym* erklärten Worten der P. G. O. „*fürsetzlich, muthwillig*" haften bleibt, sieht auch er sich dahin geführt, *mehr als das Daseyn der dolosen Tödtung überhaupt*, nämlich den *Beweis des Vorsatzes* wenigstens *indirect* zu verlangen. Uud doch fühlt auch er, dass es der Rechtspflege Gewalt anthun hiesse, diesen Beweis in aller Strenge zu fordern, so dass er sich am Ende auch mit blosser Wahrscheinlichkeit begnügen muss. Allein, was er in dieser Hinsicht anführt, hat nur in sofern Bedeutung, als sich hieraus ebenfalls der Mangel des Impetus ergibt, der aber nicht praesumirt wird, sondern erweisbar vorhanden seyn muss.

> „Die Freiheit und *Reife des Entschlusses* (?)" sagt *Rosshirt* §. 151, S. 332, 333, „ist in concreto zu erkennen: 1) durch den äussern Zweck, zu welchem die Tödtung Mittel seyn sollte; 2) durch die Mittel, wodurch die Tödtung realisirt werden sollte,

3) durch das Verhalten des Verbrechers bei der Tödtung. (Der Affect soll ja aber auch erkannt werden aus dem Verhalten *vor* und *nach* der That, indirect hieraus also auch der Mord, oder der Gegensatz ist mangelhaft gebildet.) Derjenige, dessen Entschluss zur Tödtung dadurch erweckt wird, dass er die daraus für ihn entstehenden günstigen Folgen erwägt, und auf diese Art zwar von schlechten Trieben überwältigt, *dennoch unter der Leitung des Verstandes verfährt;* wer zur Hervorbringung des Todes solche Mittel braucht, deren Verhältniss zum Erfolg er genau untersuchen muss; wer endlich nicht läugnen kann, im Zustande der vollen Besonnenheit die That ausgeführt zu haben, *von dem ist dargethan, das er fürsetzlich gehandelt habe.*" —

Wenn *Rosshirt* ferner (S. 333, Note 3) behauptet, dass es möglich sey, dass der Affect, in welchem der Entschluss gefasst, sich gehoben hätte, die Ausführung der That gleichwohl ohne Mord zu seyn, geschehen könne, nämlich wenn die *wiederkehrende* Erregtheit des Gemüths zur That fortgerissen habe; so ist diess nach dem oben Ausgeführten nur wahr, wenn ein *neuer äusserer Umstand* von Neuem in Affect gesetzt hat, nicht aber, wenn die blosse Erinnerung an die einmal erlittene Beleidigung den Affect wieder hervorruft und nunmehr Tödtung erfolgt. — Später hat *Rosshirt* in seiner *„Entwicklung der Grundsätze des Strafrechts nach den Quellen des gem. Deutschen Rechts, Heidelberg,* 1828, §. 9. S. 69, ff,

den mildernden Einfluss des Affectes auf die Bestrafung näher zu begründen versucht, und dabei besonders gegen *Feuerbach* sich nachzuweisen bemüht, wie die Römische CriminalGerichtsverfassung der spätern Zeit keinesweges der „Mitigatio poenae" im Wege gestanden, vielmehr dem Richter, welcher extra ordinem erkannt, es frei gestanden habe „vel graviorem, vel leviorem sententiam ferre" (Cf. l. 13. D. De poenis); wobei *Rosshirt* sich ebenfalls auf die von uns oben entwickelten Stellen über die Tödtung des Ehebrechers beruft, um die wirkliche mildernde Berücksichtigung des Impetus darzuthun. Allein auch hier vermissen wir leider ein näheres Eingehen in diese Römische Lehre, sowie eine Benutzung derselben für die richtige Beurtheilung des Todschlages. — In einem Aufsatze desselben Verfassers im

„*Neuen Archiv des Criminalrechts*, B. VIII, N. 3, S. 378.

finden wir, wie bei manchen andern neuern Criminalisten und Psychologen, eine Schilderung des Mörders und Todschlägers. Wie wir weiter unten genauer zeigen werden, begründen derartige psychologische Schilderungen die Gefahr, dass man über sie die allein entscheidende Rechtsnorm vergisst, und zwar um so leichter, je individueller und daher je trefflicher an sich solche Schilderungen sind; indem man sehr falsch schliessen würde, wenn man im einzelnen Falle argumentiren wollte: jene Schilderung vom Mörder passt nicht auf den fraglichen Thäter, also ist derselbe kein Mörder, sondern nur ein Todschläger. Diess gilt, wie gesagt, vor allen auch von nachfolgender Schilderung *Rosshirts* a. a. O.:

„Der Todschläger will Vernichtung seines Gegners, den er nicht neben sich dulden kann; aber er denkt nicht darüber nach, *warum* er durchaus Vernichtung seines Gegners will, *wie* er am Besten seinen Zweck erreichen, welche Folgen er daraus ziehen will und kann. Der Mörder dagegen weiss genau, *warum* sein Gegner sterben soll, *wie* er fallen muss, *wie* er (der Mörder) sich bei und nach der Handlung zu benehmen hat.“ —

In besonnener Würdigung der gegebenen positiven Elemente reiht sich an *Rosshirt*, wie überhaupt, so auch hier

Martin, *Lehrbuch des gem. CriminalRechts*, 2*te Ausg.*, *Heidelberg*, 1829.

Mit Recht bemerkt daher derselbe §. 34:

„Der *Begriff* des verbrecherischen Vorsatzes wird nicht immer durch eine *affectvolle* Gemüths- (Seelen-) Stimmung, in welcher derselbe gefasst *und* ausgeführt worden ist, aufgehoben, sondern es entsteht hieraus nur ein (lediglich für die Straf*Quantität* bei *manchen* Vergehungen erheblicher) *geringerer Grad von Vorsatz*, im Gegensatze des mit *Besonnenheit* gefassten, *oder* ausgeführten (der *Praemeditation*). — §. 112. Die vorsätzliche Tödtung ist *Todschlag* oder *Mord*, je nachdem lediglich *affectvoller* Vorsatz, oder aber *Praemeditation* dem einzelnen Verbrecher dabei zur Last fällt.

In dieser, der jetzt üblichen Terminologie entsprechenden Darstellung ist jedoch daneben zunächst der *Ausdruck* zu tadeln, indem dieser leicht zu Missverständnissen führen kann. In sofern nämlich auch die affectvolle Handlung „Mente animi,“ „Judicio et opinione“

geschieht, ist, wie auch der Verf. zugibt, *Vorsatz* vorhanden; worauf es nur ankommen kann. Ist *Vorsatz* da, so kann im Grunde von einer Gradation nicht die Rede seyn; der Verbrecher hat das Verbrechen gewollt, oder nicht. Wohl aber kann von einem mehr oder minder hohen *Grad von Bosheit* (im weitern Sinne des Wortes) die Rede seyn, welche sich in einer Handlung ausspricht, und in dieser Hinsicht ist allerdings einzuräumen, dass, wie schon die Römer bemerkten, eine im Affect unternommene Handlung nicht auf *den Grad der Bosheit* im Verbrecher hindeutet, als ein nach kalter ruhiger Überlegung begangenes Verbrechen; nur ist zu bemerken, dass namentlich bei der absichtlichen Tödtung auf diesen sich aussprechenden mehr oder minder bedeutenden Grad der *Bosheit* als solchen das gemeine Recht kein Gewicht legt, und den geflissentlich boshaften Mörder nicht anders bestraft wissen will, als jeden Andern, dem eine absichtliche Tödtung zur Last fällt, ohne dass ihm der Milderungsgrund des heftigen Affectes zur Seite steht. So viel Scheinbares die fragliche Darstellung hat, so führt doch auch sie nur von dem richtigen Standpunkte ab. — Dasselbe gilt von dem jetzt so üblichen Ausdruck: *Praemeditation*. *Martin* setzt mit Recht der affectvollen Handlung die mit *Besonnenheit* gefasste und ausgeführte entgegen. Allein in dem Ausdruck: *Praemeditation*, liegt ein Mehreres, nämlich der eigentliche *Vorbedacht*. Es ist aber schon oben angeführt, dass ein solcher zum Begriff des Mordes nicht erforderlich ist, an sich auch von *Martin* nicht verlangt wird, indem ein boshafter Mensch in aller Gemüthsruhe einen bösen Gedanken auch *sofort* zur Aus-

führung bringen kann. Nothwendig aber ist es, Bezeichnungen zu vermeiden, welche den Richter gar leicht in der Anwendung des Rechts irre machen, und ihn veranlassen können, Requisite aufzustellen, welche die Gesetzgebung nicht kennt. — Endlich ist nun aber auch in Betreff *Martin's* zu bemerken, dass die ganze Begriffsbestimmung von Mord in sofern falsch ist, als jeder Affect ausgeschlossen wird. Auch diess ist eine Folge des falschen Bestrebens der neuern Criminalisten, den Mord als ein besonderes Verbrechen neben den Todschlag hinzustellen, und in dem affectlosen Vorsatz das Charakteristische zu setzen.

Abweichend von den meisten Neuern fasst
Jarcke, Handbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts, Th. 1, §. 27; Th. 3, §. 38, §. 43,
die hier in Betracht kommenden Lehren auf. — Zunächst behauptet er, dass sowohl der Begriff des *Mordes*, als der des *Todschlages* lediglich dem *Deutschen* Rechte angehöre, indem an ältere wesentliche Unterscheidungszeichen des Mordes, nämlich das *Läugnen* oder *Verschweigen* der That, sich von selbst die heutige und schon in der P. G. O. anerkannte Bedeutung dieses Verbrechens angeschlossen habe, dass es nämlich die *geflissentliche* und *vorbedachte* Tödtung sey; imgleichen, dass an die ältere Deutsche Begünstigung des *Todschlägers im Zorne*, dass er nämlich sein Leben lösen könne, was dem Mörder verweigert, die Bestimmung der P. G. O. über den Todschläger aus Geilheit (?) und Zorn sich anschliesse. (A. a. O. Th. 3, S. 215 ff., S. 343 ff.) Allein es bedarf nur eines Blickes in die P. G. O., um uns zu überzeugen, dass sie sich überall, und namentlich in der Lehre

von der Tödtung an *die kaiserlichen Rechte*, d. i. das Römische Recht anschliesst, und dessen Grundsätze vielmehr gegen ältere Deutsche Gewohnheiten überall geltend zu machen sucht. Es lässt sich demnach durchaus nicht rechtfertigen, wenn man bei der Interpretation der P. G. O. einen, von dem von ihr selbst wiederholt angegebenen, durchaus verschiedenen Standpunkt einnehmen, und einen Zusammenhang mit dem ältern Deutschen Strafrecht erzwingen wollte, der durch das gemeinrechtlich damals mit Erfolg bekämpfte alte System des Wehrgeldes und der Busse sich den Verfassern der P. G. O. als unstatthaft aufdrängen musste. In Beziehung auf die fraglichen Begriffe von Mord und Todschlag hat auch bereits *Birnbaum* a. a. O. S. 257 u. 258, gegen *Jarcke* aufs Entschiedenste nachgewiesen, dass die P. G. O. sich in ihren Bestimmungen allerdings ans Römische und nicht ans ältere Deutsche Recht angeschlossen hat. — Dieses ist um so wichtiger, als *Jarcke*, wohl einsehend, wie wenig die gewöhnliche Darstellung der Lehre vom Morde, namentlich was Praemeditation u. dgl. betrifft, sich aus dem gemeinen Römischen Rechte rechtfertigen lasse, durch jene Anknüpfung ans ältere Deutsche Recht eine solche Rechtfertigung versuchte. Allein daraus erklärt sich nun auch, warum *Jarcke* am Entschiedensten auf den von uns oben mehrfach als falsch bezeichneten Weg bei der Begriffsbestimmung des Mordes eingeht.

Cf. *Jarcke, a. a. O.* 38, S. 217 ff:

„Nach der heutigen Theorie und den neuern Gesetzgebungen gehören zum Thatbestande des Mordes: Der Thäter muss den *klargedachten Zweck und Vorsatz* gehabt ha-

ben, den Andern ums Leben zu bringen, und muss in der *Absicht*, diesen Zweck zu erreichen die tödtliche Handlung oder Unterlassung vorgenommen haben. Er muss also nicht bloss erst im Augenblick der That selbst, sondern *vor* deren *Verübung* daran gedacht haben, was er wollte, und wie er diese seine Absicht erreichen könnte." —

Schon oben ist gezeigt, wie, von dem richtigen gemeinrechtlichen Standpunkte aus, zum Begriff des Mordes keinesweges ein solcher *klargedachter Zweck und Vorsatz*, und noch weniger ein *vor der Verübung* als *eigentliche Praemeditation* gehegter Vorsatz gerechnet werden können. — Wenn *Jarcke* (a. a. O. S. 218, Note 10) bemerkt, dass die *Praemeditation* nach den neuern Gesetzgebungen das charakteristische Merkmal des Mordes sey, und sich dabei auf das *Preussische Landrecht, II*, §. 837; das *Oesterreichische Gesetzbuch, I*, §. 117; das *Baiersche Strafgesetzbuch*, Art. 146, und den *Code pénal*, art. 296, beruft; so dürfen wir nicht unbemerkt lassen, dass diese Gesetzgebungen um so weniger bei der richtigen Würdigung des gemeinen Rechtes wesentlich in Betracht gezogen werden können, als ihre Abweichungen theils in offensichtlich falschen gemeinrechtlichen Theorien ihrer Verfasser, theils in eigenthümlichen, den Zeitansichten huldigenden abstracten Beurtheilungen der Verbrechen und Strafen ihren Grund haben. — Mit der vom ältern Deutschrechtlichen Standpunkte aus vielleicht eher zu rechtfertigenden Auffassung *Jarcke's* hängt es denn auch wesentlich zusammen, wenn derselbe der Lehre vom *Affecte* hier so gut wie gar nicht gedenkt; dagegen aber den von den ältern Criminalisten aufgestelltsn Unterschied zwischen

Dolus directus und indirectus mit ihnen in gewisser Hinsicht wieder hierher bezieht. Während nach ihm beim Morde der *böse Vorsatz*, die strafbarste Art des widerrechtlichen Willens, wesentlich ist, ist der erste der von ihm angenommenen Mittelstufen zwischen Dolus und Culpa das Charakteristische des *Todschlages*.

Jarcke, a. a. O. Th. 1, S. 294 ff.:

„Zwischen *der praemeditirten Tödtung aus bösem Vorsatz* und der bloss muthwilligen Unvorsichtigkeit, die den Tod des Andern veranlasst, liegen *vier* Fälle in der Mitte. Der *erste* derselben ist der, wo Jemand, *in der feindlichen Absicht einen Andern zu beschädigen, aber ohne einen klar gedachten Zweck* und ohne eine verständige Berechnung und Auswahl der Mittel für denselben, bloss aus dem allgemeinen, instinctartigen, dunkeln Streben den Andern zu vernichten, Handlungen gegen diesen unternimmt, woraus *gewöhnlich* der Tod zu erfolgen pflegt und ihn dadurch wirklich tödtet. Dieses ist die Gemüthsstimmung des Zornigen, welche sehr verschieden ist von der des, sich seines Zweckes klar bewussten, eigentlich vorsätzlichen Mörders, selbst wenn diesen eine Leidenschaft treibt.“ —

Derselbe, Th. 3. S. 346 ff.

„Dass die spätern Theoretiker sich lebhaft gegen diese Annahme (*v. Böhmers* und *v. Quistorps*) eines Dolus indirectus erklärten, ist bereits oben erwähnt; dabei ist aber nicht zu verkennen, dass hierdurch mitunter die concrete Auffassung der wahren Gemüthsstimmung des Zornigen verlo-

ren ging, und dass jenes Bestreiten einer Mittelstufe zwischen Dolus und Culpa die Theorie nicht selten vom wirklichen Leben entfernte, und mitunter eine völlig falsche Beurtheilung der vorkommenden praktischen Fälle veranlasste. Der richtigen, auf die Worte der C. C. C. gegründeten gemeinrechtlichen Theorie nach, muss aber unter dem *Todschlage* der Fall verstanden werden, wo Jemand ohne einen bestimmten klar gedachten Vorsatz und ohne vorherige, auf den Tod des Andern gerichtete Überlegung, in jener allgemeinen, feindseligen, instinctartigen Stimmung, wie sie bei dem *Zornigen* gswöhnlich ist, durch eine nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge und der gemeinen menschlichen Einsicht, *tödtliche* Handlung den Andern tödtet.“

Dem ersten Anblicke nach ist diese Ansicht die *Feuerbach's* vom *Dolus indeterminatus*. Allein *Jarcke* macht mit Recht eine Verschiedenheit geltend, behauptet auch, dass die Gemüthsstimmung des *Zornigen* in der Wirklichkeit eine ganz andere sey, als *Feuerbach* sie schildere und dass der von diesem gebrauchte Ausdruck nur auf das *Duell* passe; zugleich bedauernd, dass die Neuern häufig nicht das wirkliche Leben zum Grunde legten und hieraus die Eintheilungen abstrahirten, sondern zuerst die Eintheilungen aufstellten und hiernach die Wirklichkeit classificirten. (Cf. Th. I, S. 198 ff.) — Allerdings hat *Jarcke* darin Recht, dass die Terminologien der Schule, wie oft geschieht, nicht die unbefangene Auffassung geistiger Zustände erschweren dürfen, und dass man sich wohl vorsehen muss, nicht im Voraus eine be-

stimmte Form anzugeben, in welcher das Seelenleben Einer Art erscheinen solle. Allein *Jarcke* selbst scheint in den getadelten Fehler gefallen zu seyn, indem wohl nicht zu bezweifeln steht, dass der zornige Affect auch *indeterminirt*, d. i. mehrere nachtheilige Folgen der Handlung erwägend, und keine selbstthätig ausschliessend, dem Zufalle vielmehr den Erfolg überlassend, sich äussern kann; wenn es gleich ebenso gewiss ist, dass der Zorn, wo er innerlich eine *entschiedenere* feindliche Richtung annimmt, dieselbe auch äusserlich offenbaren und sich in der oben von *Jarcke* angegebenen Weise darstellen wird. Aber es ist auch eben so wohl noch der Fall möglich, dass der Zornige, der Impetu zur verbrecherischen Handlung getrieben wird, in demselben Augenblicke sich auch seines Zweckes, die Bestrafung oder Vernichtung des Gegners, und der sich ihm von selbst darbietenden Mittel klar bewusst ist, indem Zweck und Mittel oft so nahe liegen, dass, der Perturbatio ungeachtet, die Seele beide klar einsehen und erkennen muss, durch diese blosse Einsicht aber noch nicht abgehalten wird, dem heftigen Impulse des Zornes zu folgen. — Indem wir also einsehen, wie mannigfach der Zorn sich im wirklichen Leben im Sinn und Handeln ausbilden kann, können wir die Gefahr nicht verkennen, von einer einzelnen Gestaltung, mag nun ein s. g. Dolus indeterminatus, oder indirectus, oder directus in ihr sich aussprechen, das Wesen des Todschlages abhängig machen zu wollen. Daher können wir denn auch, bei aller Anerkennung des Verdienstlichen solcher aus dem wirklichen Leben entlehnten psychologischen Schilderungen, nicht umhin, wiederholt darauf aufmerksam zu machen, dass

dieselben für die wissenschaftliche Auffassung und Ausbildung der hier eintretenden gemeinrechtlichen Rechtstheorie eher nachtheilig, als vortheilhaft eingewirkt haben. Diese Bemerkung gilt zugleich von allen schon früher referirten psychologischen Schilderungen des Gegensatzes zwischen dem Mörder und Todschläger, in denen der mehr oder minder entwickelte Grad der Leidenschaft oder des Affects zum Grunde gelegt ist. Statt aller dieser Schilderungen kommt es einzig und allein auf die Würdigung des Impetus als solchen, daher auf die Grösse des ersten Eindruckes und auf den daraus erwachsenden und sich sofort in äusserer That offenbarenden Impuls an; in welcher Hinsicht eine detaillirte Vergegenwärtigung der fraglichen That und aller vorhergehenden, gleichzeitigen und nachfolgenden Umstände von weit grösserer Wichtigkeit ist und weit sicherer zum Ziele führt, als derartige, von fremden individuellen Zuständen entlehnte psychologische Schilderungen. —

Schliesslich ist in Betreff *Jarcke's* jedoch noch anzuerkennen, dass er, von einem richtigen Rechtsgefühle geleitet, manche Bemerkungen über die Grenze zwischen Mord und Todschlag macht, welche sich auch nach der richtigen Theorie im Ganzen als treffend ausweisen, und deren wir daher hier noch kurz gedenken wollen. Er bemerkt nämlich in Betreff des Mordes (a. a. O. Th. 3, S. 218 ff.):

„Dabei ist es nicht nothwendig, dass er (der Mörder) vorher eine bestimmte längere oder kürzere Zeit schwankte, zauderte, oder überlegte und nachdachte; sondern es genügt, wenn er, ehe er zur Anwendung der tödtlichen Mittel schritt, sich seines Zweckes:

den Andern seines Lebens zu berauben, bewusst war. Auch wird unter dieser Voraussetzung der Thatbestand des Mordes dadurch nicht aufgehoben, dass der Thäter von Zorn, Rachsucht, Eifersucht, Hass oder irgend einer andern Leidenschaft getrieben wurde, oder dass er sich *in einer heftigen Gemüthsbewegung* befand, und es ist nicht nothwendig, dass die That in einer kalten, leidenschaftlichen und ruhigen Gemüthsstimmung geschah. — Eine solche wird nur bei ganz verhärteten Bösewichtern und in sehr seltenen Fällen vorkommen, und der Mord hat in der Regel seine Ursache in einer Leidenschaft, welche über das Gewissen des Menschen Herr wurde. *Nur wenn der Zorn die Überlegung ganz aufhob*, ist kein *Mord*, sondern ein *Todschlag* vorhanden.“

Hinsichtlich dieser Worte haben wir nur noch zu bemerken, dass die *heftige Gemüthsstimmung* bei der blossen *Ausführung* der That freilich nicht in Betracht kommt, wohl aber bei der *Fassung des Entschlusses*, auf den die Ausführung gleich nachfolgt; so wie, dass eine *gänzliche Aufhebung der Überlegung* für den Begriff des Todschlages nicht erforderlich ist, sobald der Impetus nur heftig genug war, um eine *rasche* und *wenig überlegte* That zu entschuldigen. —

Heffter, Lehrbuch des gemeinen Deutschen Criminalrechts, Halle, 1833, §. 234, N. 4,

ist ebenfalls in dem Wahne, dass die P. G. O. zu ihren Bestimmungen mit Rücksicht auf das herkömmliche Deutsche Recht und nur mit Annäherung an das Römische Recht gelangt sey

und daher zu ihrer Interpretation des Römischen Rechts nicht bedürfe.

Übrigens unterscheidet *Heffter* (§. 69.) in Betreff doloser Delicte allgemein zwischen dem *Entschluss mit Vorbedacht* und dem *übereilten Entschluss*, welcher letztere besonders im Zustande des plötzlich sich erhebenden *Affects* (*Impetus*) oder der *Verwirrung* vorkomme, und bemerkt, dass es auf jeden Fall bei jedem relevanten verbrecherischen Act zum Begriff des *dolosen* Verbrechens genügen müsse, *wenn dem Handelnden der Gedanke an das Verbrecherische auch nur einen Augenblick gegenwärtig gewesen, um den Willen noch zu einer andern Richtung bestimmen zu können.* Daneben führt er aber auch (§. 70) die *Jähheit* (Impetus) oder *Raschheit des Willens*, welche gehindert habe, über das *Rechtliche* und die *Folgen* des Benehmens nachzudenken, unter den Gründen *culposer* Delicte auf; was sich daraus erklärt, dass nach ihm das bei dem *dolosen* Verbrechen vorausgesetzte Bewustseyn von dem rechtlich Unerlaubten des Thuns, so wie von den Mitteln und Folgen ein *specielles* seyn muss, d. i. eine Subsumtion des Vorhabens unter das Bewustseyn des Allgemeinen. — Hiermit hängt denn auch zusammen, dass *Heffter* (§. 73) annimmt, dass wenn eine so gefährliche Handlung unternommen werde, deren Folgen sich nie genau mit Sicherheit berechnen liessen, und daraus eine grössere Rechtsverletzung entspringe, als der Thäter beabsichtigt, nur von einer Zurechnung der *Luxuria* oder *Culpa lata* die Rede seyn könne; was namentlich der Fall sey, wenn Jemand einem Andern Schrot in die Beine schiessen wolle, ihn aber tödtlich treffe, worauf

die ältere Bezeichnung des Dolus indirectus, die neuere der Culpa dolo determinata ginge, und in welcher Beziehung die Theorie überhaupt noch sehr schwankend sey. — In dieser Hinsicht bemerken wir nur, dass der Affect allerdings die Veranlassung nicht nur von übereilten dolosen, sondern auch von culposen Handlungen seyn kann, indem er entweder den Gebrauch der *Vernunft*, oder des *Verstandes* hindert, die Herrschaft der *Ratio* in ihrer zwiefachen Beziehung entweder auf die höhere Erkenntniss des Rechten und Unrechten, oder auf die niedere Erkenntniss des Angemessenen und Unangemessenen beschränkt.

Wird nun gleich in der Regel nur der Dolus, die mala fides, das wissentliche Unrecht, criminell bestraft, also der unterlassene Gebrauch der Ratio in ihrer *höhern* Beziehung; so verlangt doch das Strafrecht von dem, welcher ihm durch seine *dolose* Absicht einmal verfallen ist, dass er sich der Ratio auch in Betreff der Erkenntniss von Ursache und Wirkung zu bedienen habe, und lässt daher die Entschuldigung der mangelnden Einsicht in die *Folgen* nicht zu; es sey denn, dass *ausnahmsweise* auch hier ein hinreichender Entschuldigungsgrund, wie namentlich der Affect, der Impetus, der die Überlegung auch nach dieser Seite hin gehemmt habe, eintritt; was aber, so lange nicht Mangel aller Ratio überhaupt oder für den Augenblick (Wahn- und Blödsinn, oder Bewusstlosigkeit) vorliegt, nur eine Strafmilderung, nicht eine Straflosigkeit zur Folge haben kann. Hiernach also muss gegen *Heffter* und andere Neuern behauptet werden, dass jede mala fide, d. i. im bestimmten Bewustseyn des Unrechts unternommene widerrechtliche Handlung als *doloses* Verbrechen zu

betrachten ist, und dass, so wenig wie die *Übereilung*, so wenig auch die *unverständige Nichtbeachtung der möglichen Folgen* den Begriff des dolosen Verbrechens aufhebt und dasselbe in ein culposes verwandelt; wenn gleich sowohl in Beziehung auf den Dolus überhaupt, als auf die unverständige Nichtbeachtung der Folgen, also hinsichtlich des Nichtgebrauches der *Ratio* nach ihren *beiden* Richtungen hin, namentlich der *Impetus* ein Milderungsgrund wird. Jedoch ist nicht in Abrede zu stellen, dass in Betreff der *einzelnen* Verbrechen als solcher, bei welchen die gehegte Absicht den charakteristischen Unterschied bildet, die selbst durch Unverstand und Leichtsinn herbeigeführte Nichtbeachtung und daher auch Nichtbeabsichtigung der möglichen Folgen von Wichtigkeit ist. Wer daher die bestimmte Absicht hat, einem Feinde Schrot in die Beine zu schiessen, nicht aber ihn zu tödten, kann nicht als Mörder oder Todschläger bestraft werden, wenn durch einen, hier freilich leicht eintretenden und eben deshalb zu beachtenden Zufall Tödtung erfolgt; obgleich das *Gefährliche* der That ihre Strafbarkeit an sich gar sehr erhöht, und hier zu der *dolosen Verwundung* eine *culpose Tödtung* im Betreff der Bestrafung hinzutritt. Wenn aber die Absicht nicht die Tödtung *bestimmt ausschloss*, sondern namentlich im Affect eine Handlung unternommen ward, hinsichtlich der der einfachste Verstandesgebrauch von der höchsten Gefährlichkeit und der naheliegenden Möglichkeit der Tödtung den Thäter überzeugen muss, so kann hier, wie schon oben bemerkt worden ist, die gewöhnliche Entschuldigung: *man habe die Tödtung nicht gewollt*, nicht als statthaft erscheinen; weil in dem Wol-

len einer leicht den Tod mit sich führenden und daher *tödtlichen* Handlung der *Wille der Tödtung* enthalten ist, wenn vielleicht auch der Affect denselben nicht zum vollen Bewustseyn hat kommen lassen. Wer daher blind auf seinen Gegner losschiesst, und nicht etwa die bestimmte Absicht hat, ihn bloss in die Beine zu schiessen, oder ihm eine andere nicht lethale Verwundung beizubringen, ist allerdings, jenachdem ein Impetus vorhanden ist oder nicht, als Todschläger oder Mörder zu bestrafen; was auch *Heffter* durch die Annahme eines s. g. *Dolus eventualis* (§. 68) anzunehmen scheint. —

Wenn nun aber *Heffter* hinsichtlich des Todschlages als solchen anführt (a. a. O. §. 236):

> „Zum Begriff des Todschlages gehört nothwendig, dass der Entschluss zur tödtlichen Handlung *in Gemüthsbewegung* (nicht in Leidenschaft, z. B. im Rachegefühl) entstanden und auch ohne immittelst stattgehabte Überleguug ausgeführt worden sey. Über den vorauszusetzenden Grad der Heftigkeit der Gemüthsbewegung erklärt sich das Gesetz nicht, so wenig als es auf die Veranlassung derselben Rücksicht nimmt; *es muss also jeder, irgendwie veranlasste, selbst nur geringere Grad von Zorn oder einer ähnlichen Gemüthsbewegung, der einen plötzlichen Entschluss zur tödtlichen Handlung herbeigeführt hat, zur Annahme eines blossen Todschlages genügen;* nur darf es kein so hoher Grad seyn, der alle Zurechnung aufhebt, was selten der Fall seyn mag;“

so ist es einleuchtend, zu welchem gefährlichen Extreme man geführt wird, sobald man die

P. G. O., unabhängig von ihrer wahren Quelle, dem von ihr selbst zugleich als Ergänzung anerkannten Römischen Rechte, erklären will. Sollte demnach der Unterschied zwischen Mord und Todschlag lediglich von dem Unterschiede zwischen *Leidenschaften* und *Affecten* abhangen, und sollte die Einwirkung einer Gemüthsbewegung *selbst im geringern Grade* auf die Fassung und Ausführung des Entschlusses der Tödtung den Thatbestand des Todschlages begründen, so würde, da auch der Leidenschaftliche selten affectlos handelt, und sich daher immer auf seinen Affect berufen könnte, von einem Morde nur selten noch die Rede seyn, und es würde diese Theorie, in Verbindung mit der durch neuere Gesetzgebung und Praxis häufig begründeten Aufhebung der Todesstrafe für den Todschlag, am Ende am Leichtesten dahin führen, die vom Geschrei des Tages geforderte *gänzliche Aufhebung der Todesstrafe* zu bewirken. Insbesondere würden aber die Ärzte und Psychologen bei der allgemeinen Anerkennung dieser Theorie die Wortführung und Entscheidung in den Gerichten vollends übernehmen müssen; indem nur sie die Frage, von der Leben und Tod abhingen, in schwierigern Fällen lösen könnten, ob eine Gemüthsbewegung im Verbrecher vorhanden gewesen sey, oder nicht. Ein Blick in die neuern Darstellungen der Psychologie und der psychisch-gerichtlichen Medicin reicht aber hin, um uns zu belehren, in welchen Widersprüchen und Streitigkeiten Ärzte und Philosophen über Leidenschaften und Gemüthsbewewegungen begriffen sind, so dass auch selbst von den Ärzten und Philosophen wenig Heil für diesen wichtigsten Act der Rechtspflege zu erwarten wäre. —

Demnach stellt sich die Hefftersche Theorie schon als praktisch unausführbar dar, und wir brauchen gegen sie die richtigere Lehre von dem *Impetus* um so weniger noch weiter geltend zu machen, als fast alle übrigen Criminalisten, bei sonstigen Abweichungen, doch darin übereinkommen, dass nur ein *heftiger* Affect in mildernde Erwägung gezogen werden könne. Wie sehr *Heffter* übrigens auch diejenigen Affecten verkennt, welche allein eine Entschuldigung zu begründen vermögen und wie wenig *Sinnenreiz, Verführung* u. dgl. dem Römischen Impetus justissimi doloris annalog zu achten seyen, ist schon oben von uns bemerkt worden. —

Endlich haben wir nach der neuesten Erörterung der hier in Betracht kommenden Lehren einige Aufmerksamkeit zu widmen.

Birnbaum, über die verschiedenen Arten strafbarer Tödtung, im Neuen Archiv des CriminalRechts, B. 13, N. 3, 8, u. 15, *Halle,* 1833,

hat sich insbesondere die Aufgabe gesetzt, nachzuweisen:

„dass bei Festsetzung der Eintheilung zwischen Mord und Todschlag hauptsächlich dem Gesetzgeber die *Römischen Begriffe von Propositum und Impetus* vorgeschwebt haben und dass das neben beiden in den Römischen Gesetzstellen genannte *casu occidere* zur Richtschnur für die Begriffe von *ungefährlicher Entleibung* gedient habe."

Es kann uns demnach nur zur besondern Freude und Beruhigung gereichen, dass unsers Wissens die *neueste* wissenschaftliche Arbeit in diesem Gebiete in dem leitenden Hauptgedanken mit unserer Ausführung zusammentrifft, und das-

jenige ausführlicher nachzuweisen übernommen hat, was wir hier nur mit Wenigem angedeutet haben, nämlich den wesentlichen Zusammenhang des Art 137 und der verwandten, die Tödtung betreffenden Artikel der P. G. O. mit dem Römischen Rechte. Als auf das Resultat dieser, zugleich mit grosser Kenntniss der Germanischen Rechte geführten Untersuchung machen wir besonders nur auf folgende Stelle noch aufmerksam (A. a. O. S. 276 ff):

„Überhaupt aber müssen wir es hier unumwunden aussprechen, müssten wir auch befürchten, was *Cicero* befürchtete, als er sein Urtheil über die zwölf Tafelgesetze aussprach, dass weder im Englischen, noch im Schottischen Rechte, noch in irgend einer neuern Deutschen Gesetzgebung, noch im Französischen Rechte die verschiedenen Arten der Tödtung durch eigenthümliche Benennungen mit solcher Schärfe und Consequenz geschieden sind, als in der peinlichen Halsgerichtsordnung. — Sondern wir aber von den vielen in der Carolina unterschiedenen Arten der Tödtungen diejenigen, die keine Verbrechen sind, so stimmen die übrigen aufs Genaueste mit den vier Klassen strafbarer Tödtungen zusammen, welche die Römer mit den vier Worten *proposito*, *impetu*, *per lasciviam*, *per ignorantiam* bezeichneten. Die Carolina leitete daher ihre Begriffe von *Mord*, *Todschlag*, Entleibung aus *Geylheit* und Entleibung aus *Unfürsichtigkeit* ab und einige dieser Benennungen enthalten wieder verschiedene Fälle unter sich, wie dagegen auch der Römer von den vier oben genannten

Begriffen je zwei und zwei wieder unter der Benennung *consulto* und *casu* zusammenfasste. — Die Hauptgrundlage der Eintheilung der verschiedenen Arten der Tödtungen und zum Theil ihrer technischen Benennungen in der Carolina, bleibt aber immer die in *willigliche* und *ungeverliche.*" — Noch müssen wir schliesslich darauf aufmerksam machen, dass die richtigen Ansichten *Birnbaums* über *Propositum* und *Impetus* schon einige Jahre früher von verschiedenen seiner Schüler in besonderer Beziehung auf Französisches und Niederländisches Recht geltend gemacht worden sind, namentlich in einer Preisschrift von *Winssinger,* de differentia inter delicta dolosa et culposa, Bruxellis, 1824; worin hauptsächlich die Merkmaale des mit Vorbedacht verübten Verbrechens im Gegensatz des Impetus aufgestellt und die Römischen Bestimmungen über Ebrietas und Dolor beücksichtigt sind.

Cf. *Neues Archiv fürs Criminal Recht.* B. 8, S. 352 ff.

Als Ergebniss der nunmehr beendigten critischen Übersicht der neuern Darstellungen des Gegensatzes von Mord und Todschlag dürfen wir demnach mit voller Überzeugung den Grundsatz als feststehend ansehen, dass nach gemeinem Rechte jede absichtliche Tödtung so lange als *Mord* zu betrachten ist, als der, den Begriff des Todschlages bedingende Milderungsgrund des *heftigen Affectes* oder des *Impetus*, welcher den Betheiligten *sofort* nach dem empfangenen erschütternden Eindruck zur That fortriss, nicht erwiesen vorliegt. — Da nun aber *der Affect allein* im Gegensatze der Leidenschaft den obigen Unterschied *nicht* begründet, die Beurthei-

lung der *Heftigkeit* des Affectes aber, so wie der *Zeit*, innerhalb welcher der empfangene Eindruck sich als affectvolle *Handlung* zu offenbaren hat, ganz von der inviduellen Beschaffenheit des in Frage stehenden Falles abhängt, so muss die weitere Erörterung hierüber mit der Beurtheilung des vorliegenden Verbrechens zusammenfallen.

XI.

Über die Trunkenheit in ihrer strafrechtlichen Bedeutung.

Aus den Entscheidungsgründen zu dem Todesurtheile der *Rostocker* Juristen Facultät wider *August Kühn.*

Bei der Abhandlung des Gegensatzes zwischen den *Proposito* nnd *Impetu* verübten Verbrechen gedachten die Römischen Juristen unter letztern besonders des Falles, wo Jemand *per ebrietatem* ein Verbrechen begangen hatte. So *Marcianus,* de publicis judiciis, in

L. 11, §. 2, D. 48, 19, *De poenis:*

„Delinquuntur autem aut *proposito*, aut *impetu*, aut *casu*. *Proposito* delinquuntur latrones, qui factionem habent. *Impetu* autem, cum *per ebrietatem* ad manus aut ad ferrum venitur. *Casu* vero, cum in venando telum in ferram missum, hominem interfecit.“

In einigen wenigen Bestimmungen des Römischen Rechts finden wir aueh, dass die *im Weine*

begangenen Verbrechen, obschon geahndet, doch nicht mit der ordentlichen Strafe belegt, und in sofern auch hinsichtlich ihrer rechtlichen Folgen zwischen die Proposito und Casu verübten Handlungen gestellt wurden. So referirt *Callistratus*, lib. V. de cognitionibus, in

L. 12, pr. D. 48, 3, *De custodia et exhib. reorum*:

„Salvio quoque Legato Aquitaniae idem Princeps (*Hadrianus*) rescripsit: In eum, qui custodiam *demisit*, aut ita *sciens* habuit, ut possit custodia evadere, animadvertendum; si tamen *per vinum* aut *desidiam* custodis id evenerit, castigandum eum et in deteriorem militiam dare; si vero *fortuito* amiserit, nihil in eum statuendum.“

Arrius Menander, lib. III. de re militari, berichtet ebenfalls in

L. 6, §. 7, D. 49, 16, *De re militari:*

„Qui se vulneravit, vel alias mortem sibi conscivit, Imperator *Hadrianus* rescripsit, ut modus ejus rei statutus sit, ut si impatitientia doloris, aut taedio vitae, aut morbo, aut furore, aut pudore mori maluit, non animadvertatur in eum: sed ignominia mittatur: si nihil tale praetendat, capite puniatur. *Per vinum* aut *lasciviam lapsis* capitalis poena remittenda est, et militiae mutatio irroganda.“ —

Cf. l. un. C. 11, 7, *Si quis Imperatori maledixerit.*

Aus diesen Stellen erhellt, dass der Impetus ebrietatis in den Fällen berücksichtigt ward und von der ordentlichen Strafe befreite, wo jemand *durch den Wein allein* zur That fortgerissen worden ist. Jedoch fehlen im Römischen Rechte

nähere Angaben, und wir sind daher genöthigt, theils von dem allgemeinen Standpunkte des Römischen Rechts und der Stoa aus, theils in Berücksichtigung der psychologischen und criminalistischen Erörterungen neuerer Schriftsteller fernere Aufschlüsse, welche den Richter in der gemeinrechtlichen criminalistischen Praxis sicher zu leiten vermögen, zu gewinnen; wobei wir von allen ältern und neueren oft sehr verschiedenartigen particularrechtlichen Bestimmungen gänzlich absehen, jedoch das über Perturbationen und Affecte oben Ausgeführte als bekannt voraussetzen.)

A. Was nun zunächst die Würdigung der Trunkenheit aus dem Standpunkte *des Römischen Rechts* und der *Stoa* betrifft, so möchte es auffallend sein, wie die Römer mit Beistimmung der Stoa neben dem Impetus doloris noch insbesondere von einem *Impetus ebrietatis* reden und denselben gleichfalls als Strafmilderungsgrund anerkennen könnnen. Eine nähere Betrachtung wird uns jedoch dieses begreiflich machen.

Zur *Proclivitas* oder bösen Neigung rechnete die Stoa (*Cicero,* Tuscul. disputat. IV, 12), wie die *Iracundia,* so auch die *Ebriositas,* die Neigung zum Trunke. Aus der Befriedigung derselben geht die *Ebrietas,* die Trunkenheit, hervor, und aus der öftern Wiederholung dieser Befriedigung endlich als *Aegritudo animi* die *Vinolentia,* die Trunksucht. (*Cicero* l. c. IV, 11.)

In der Ebrietas, oder Trunkenheit befindet sich die Seele nothwendig im Zustande der Perturbation, der mangelnden Temperantia und Constantia, des klaren Seelenbewustseyns, wenn sie gleich im Übrigen sowohl nach dem Grade, als nach der Art der vorherrschenden Affecte der

Lustigkeit oder Traurigkeit, des Zornes u. s. w. sehr verschiedenartig afficirt seyn kann; so dass die Perturbation während des Rausches offenbar schon grosse Ähnlichkeit mit der *Vitiositas* hat, nur dass dieser Zustand vorübergehend ist. Die schon aus der Ebriositas und Vinolentia als solcher möglicher Weise zu Zeiten hervorgehenden Perturbationen, die durch das mehr oder minder leidenschaftliche Gelüste nach geistigen Getränken, auch ohne Befriedigung desselben, entstehende Aufregung, hat natürlich mit der hier allein in Frage stehenden nichts gemein; so wie es sich denn auch von selbst versteht, dass die Ebrietas sowohl aus der Ebriositas und Vinolentia, als unabhängig von diesen, so wie durch und ohne eigne Schuld entstehen kann. Abgesehen nun von der Frage, ob im einzelnen Falle die Trunkenheit verschuldet sey oder nicht, tritt auch hier die allgemeine Wahrnehmung ein, dass der erste Eindruck als solcher *unwillkührlich* sey. Die Anreizung, welche die Seele im Zustande der Trunkenheit empfängt durch die in bunter Reihenfolge zuströmenden Bilder und Gedanken, ist durch den einmal vorhandenen Zustand mit Nothwendigkeit begründet. Die Seele kann in dem Zustande, in dem sie sich nun einmal, einerlei ob verschuldet oder nicht, befindet, dieser Anreizung nicht entgehen. Allein so lange sie sich ihrer noch selbst bewusst ist, besteht für sie fortwährend die Verpflichtung, durch die Ratio der Perturbation zu widerstehen, sie zu überwinden. So lange die Seele sich ihrer bewusst ist, dauert auch die für sie grundgesetzlich bestehende Verpflichtung fort, sich an die Ratio festzuhalten, dieselbe überall geltend zu machen, die Verpflichtung zur Constantia, zur Temperantia, und

keinesweges kann es ihr in solchen Zuständen gestattet seyn, sich blindlings all den bösen Einflüsterungen und Gelüsten hinzugeben; wie eine gleiche Verpflichtung ja auch in Betreff der durch gewöhnliche leibliche Krankheiten herbeigeführten aufgeregten Zustände begründet ist. Nur wenn in Folge der Trunkenheit oder der Krankheit das Selbstbewustseyn gänzlich untergeht, so hören von selbst auch die Anforderungen der Ratio für diese Zeit, gleichwie beim eigentlichen Furor, auf, wenn dieses freilich nicht wenigstens die civilrechtliche Verantwortlichkeit für den in diesem Zustand angerichteten Schaden aufhebt, sobald eine erweisliche Culpa diesen Zustand herbeigeführt hat; wo also nur die frühere Handlung imputirt wird und die spätern unwillkührlichen Handlungen nur als Folgen der ersten in Betracht kommen. — Da nun die während des noch vorhandenen Selbstbewustseyns unternommenen Handlungen, wenn sie auch durch die Perturbation angeregt sind, doch *Assensu mentis*, oder *Judicio et opinione* verübt sind, so sind auch sie allerdings strafbar. Es frägt sich aber, wie auch hier ein Milderungsgrund zugelassen werden konnte, zumal die Trunkenheit in der Regel selbst verschuldet ist, und dieselbe nach den Grundsätzen der Stoa doch etwas sehr Verabscheuungswürdiges war? Allein zunächst darf man auch hier nicht die Consequenz der Stoiker sowohl, als der Römischen Juristen übersehen. Es handelte sich um die Würdigung der einzelnen Handlung als solcher und um die *dadurch* begründete Strafbarkeit, dass die Seele sich *nach* dem empfangenen Eindrucke nicht durch die Ratio dessen erwehrt,

vielmehr sich derselben hingegeben hatte. Diese einfache Aufgabe darf durch die Herbeiziehung der Frage über die verschuldete oder unverschuldete Trunkenheit nicht verwirrt werden. Ob nun die Entschuldigung des Impetus ebrietatis als Milderungsgrund geltend gemacht werden könne, oder nicht, hängt wiederum von der Stärke des ersten Eindruckes und daher von dem Grade der Trunkenheit und den hinzugekommenen anderweitigen Momenten, z. B. der erlittenen Beleidigung ab, dessen Würdigung nach den aktenkundigen Umständen auch hier dem gewissenhaften Ermessen des Richters überlassen bleiben muss. Insbesondere ist nun aber auch hier nicht ausser Acht zu lassen, dass wenn nach der, z. B. in Folge einer während der Trunkenheit erlittnen Beleidigung, erhaltenen ersten unwillkührlichen Anregung nicht sofort die That erfolgt, sondern erst nach einer längern Zwischenzeit, auch hier die Entschuldigung ganz wegfällt, oder sehr gemindert wird, da auch hier die sich bewusste Seele inzwischen mit Hülfe der Ratio den durch die Zeit geschwächten Eindruck hätte überwinden müssen. Anders freilich wenn die Trunkenheit in dem Maasse vorliegt, dass ein solcher Eindruck durch die Länge der Zeit nicht geschwächt, sondern, indem der trunkene Muth sich daran haftet und die zuströmenden Bilder und Gedanken stets auf diesen Einen Mittelpunkt gerichtet sind, immer nur vermehrt wird. —

B. Was nun die neuern *Psychologen* und *Criminalisten* betrifft, so haben diese über die richtige Würdigung des Einflusses des Genusses geistiger Getränke auf die psysholologische und strafrechtliche Bedeutung einer verbrecheri-

schen Handlung zwar viel geschrieben, sind jedoch noch keinesweges zu einem völligen Einverständnisse gelangt. Es scheint daher erforderlich, auch vom Standpunkte der *heutigen psychologischen und criminalistischen Literatur* auf unsern Gegenstand noch einen Blick zu werfen, um uns auch hier des gewonnenen Ergebnisses zu versichern.

1. Die Ansichten neuerer *Psychologen* über die Trunkenheit anlangend, so werden diese in zwiefacher Hinsicht wichtig; indem sie nämlich aus der Fülle der Erfahrung theils die innern und äussern Zustände des Trunkenen nach den verschiedenen Graden der Trunkenheit zu schildern, theils darnach zu bestimmen suchen, inwiefern durch die Trunkenheit die Freiheit und Zurechnungsfähigkeit beschränkt wird. —

(Über die reiche, die Trunkenheit betreffende Literatur vgl.

Friedreich, Systemat. Handbuch der gerichtlichen Psychologie, Leipz. 1835, S. 726. ff.

Zu den vorzüglichsten und einflussreichsten psychologischen Darstellungen der Trunkenheit gehören besonders die von

Masius, Handbuch der gerichtlichen Arzneywissenschaft, B. 1, §. 446—449.

Hoffbauer, die Psychologie in ihren Hauptanwendungen auf die Rechtspflege §. 188.

Thomas Trotter, über die Trunkenheit. Aus dem Engl. mit psychologischen Bemerkungen von Hoffbauer. Lemgo, 1822.

Feuerbach, aktenmäss. Darstellung merkwürdig. Verbrechen, bes. B. 2, *N.* 12, *S.* 687—695.

Clarus, Beiträge zur Erkenntniss u. Beur-

theilung zweifelhafter Seelenzustände. Leipzig, 1828, S. 111 ff.
Heinroth, System der psychisch-gerichtlichen Medicin, §. 63)

Folgende eigenthümliche Behauptungen *Heinroth's* mögen noch besonders herausgehoben werden:

„Der Trunkene ist so wenig, als der Wahnsinnige und Rasende frei: er gleicht Beiden auf das Haar, je nach dem Grade seines Zustandes, nur dass er bloss vom Geiste des berauschenden Getränkes gebunden ist. *Handlungen demnach, die in der Trunkenheit verübt werden, und wenn sie noch so widergesetzlich sind; sind dem Trunkenen nicht anzurechnen, so wenig als die in der Tollheit begangenen dem Maniacus.* (!?) — Je schlimmer die Folgen sind, die aus der Trunkenheit hervorgehen, und je mehr es in der Gewalt des Menschen steht, und seine Pflicht ist, diesen Zustand zu vermeiden; desto straffälliger ist er, so dass mit vollem Recht das ganze Gewicht der Strafe, welche dem *Trunkenen* nicht zugefügt werden kann, dennoch auf das Individuum fällt, hinsichtlich seiner *Verschuldung* der Trunkenheit. *Diese Verschuldung muss von Rechtswegen das aus der Trunkenheit entstehende Verbrechen auf sich nehmen, und seine Folgen trageu* (?); denn ohne den selbstverschuldeten Zustand der Trunkenheit würde das Verbrechen nicht begangen worden seyn. Nur in dem Maasse, wie die *Schuld des Zustandes* von der Person abgewälzt werden kann, fällt auch die Zurechnungsfähigkeit hinsichtlich des Verbrechens weg. — Es fragt sich, ob nicht mit psychisch-kranken Individuen auf dieselbe Weise zu verfahren sey, so

dass zwar die Handlungen, die sie begehen, ihren unfreien Zuständen nicht angerechnet werden, aber wohl diese Zustände selbst, wiefern sie dieselben verschuldet haben.“ (?)

Bleiben wir nun bei diesem letzten Ergebnisse der psychologischen Würdigung der Trunkenheit von Seiten eines der ausgezeichnetsten neuern Psychologen stehen, der, wie wir oben bemerkt haben, sich im Ganzen dadurch auszeichnet, dass er vor Allen wieder das ethische Princip zur Anerkennung zu bringen sich bemüht, und den Menschen nicht bloss nach niedern äussern Rücksichten *verständig*, sondern zunächst nach höhern innern Antrieben *vernünftig* handeln lässt; so sehen wir grade an ihm, wohin selbst schon die mangelnde Durchführung dieses ethischen Princips führt. *Heinroth*, der den Menschen im Zustande der vollkommensten Nüchternheit als vernünftiges Wesen betrachtet, gibt diesen Gesichtspunkt auf, sobald der Mensch sich in einem betrunkenen, ja auch nur berauschten und angetrunkenen Zustande befindet, und es soll daher der nüchterne Mensch allein die ganze Verschuldung des betrunkenen Menschen büssen. Ja *Heinroth* ist ehrenhaft genug, auch die daraus folgende erschreckliche Consequenz für die Strafbarkeit der im selbstverschuldeten Wahnsinne verübten Handlungen auszusprechen und weiter auszuführen. Dieses dem einfachsten Rechtsgefühle so schnurstracks widerstreitende Ergebniss müsste schon hinreichen, die Falschheit des Princips aufzudecken. — Offenbar gewährt auch hier die Römische Auffassungsweise ein weit beruhigenderes und praktisch durchführbares Resultat! *Heinroth* und die Meisten der neuern Psychologen haben übersehen, dass so

lange Bewustseyn da ist, aller s. g. *Gebundenheit* ungeachtet, auch die Ratio da ist, und mit ihr die Möglichkeit und die Pflicht trotz alles Andranges der aus der Trunkenheit hervorgehenden Perturbationen nicht nur in leiblicher Beziehung *verständig*, sondern auch in geistiger Hinsicht *vernünftig* zu handeln, womit auch die Zurechnungsfähigkeit und Strafbarkeit der im trunkenen Muthe begangenen Verbrechen begründet ist, wenn gleich der *Impetus ebrietatis* eine *Strafmilderung* begründet. Wenn aber *Heinroth* und die übrigen neuern Psychologen zwischen *verschuldeter* und *unverschuldeter Trunkenheit* unterscheiden, so haben sie in Beziehung auf die Entstehung der Trunkenheit als solcher natürlich vollkommen recht, und es würde diese Unterscheidung auch nicht bloss ethisch, sondern zugleich rechtlich da wichtig werden, wo die *Betrunkenheit als solche* polizeylich, oder criminell zu bestrafen, oder privatrechtlich das Daseyn einer culposen Beschädigung zu erwägen wäre. Allein ganz anders verhält es sich mit der Beurtheilung der Strafbarkeit *einer einzelnen, während der Trunkenheit begangenen Handlung*. Diese kann und darf zunächst nur für sich beurtheilt werden, und eine criminelle Strafbarkeit kann nur deshalb eintreten, weil der Mensch im Augenblicke der Handlung die ihm mit dem Bewustseyn seiner selbst noch bewusten Gebote der Vernunft verachtet und übertreten hat. Die Schuld und Strafe aber allein auf das verschuldete Betrinken als solches beziehen zu wollen, heisst den privat- und criminalrechtlichen Standpunkt verwechseln, und erscheint auch um so unanwendbarer, als der im Criminal-Recht in der Regel allein entscheidende Dolus

sich hinsichtlich des Betrinkens nur höchst selten mit Sicherheit nachweisen lässt, eine bloss *culpose* Trunkenheit als solche aber unmöglich, z. B. mit dem Tode wegen eines im trunkenen Muthe verübten Todschlages bestraft werdeu kann.

(Aus dem Angeführten erhellt, mit welcher Vorsicht die neuern psychologischen Ausführungen zu benutzen sind, und wie besonders nur die in ihnen enthaltenen empirischen Beobachtungen in Erwägung kommen können, wenn es sich von der rechtlichen Würdigung eines einzelnen, angeblich in trunkenem Muthe verübten Verbrechens handelt.)

2. Fragen wir nun nach den Ansichten der *Criminalisten* über den rechtlichen Einfluss der Trunkenheit, so haben schon die Italiänischen Praktiker des Mittelalters, auf welche in neuerer Zeit mit Recht als auf die Vermittler zwischen dem reinen Römischen Rechte und dem heutigen gemeinen Deutschen Strafrechte vorzugsweise hingewiesen ist, mit Bezugnahme auf die obige L. 11 D. *De poenis*, und auf Aussprüche besonders des *Ambrosius* im *Decretum Gratiani*, (can. 17, Causa 15, qu. 1,) die Trunkenheit als Milderungsgrund anerkannt. Insbesondere wurde

Clarus, praxis crimin. qu. 60, n. 11,

nach welchem die höchste Trunkenheit zwar von der Strafe *doloser*, in der Regel aber nicht *culposer* Verbrechen befreie, jede andere *bedeutende* Trunkenheit aber eine Strafmilderung bewirke, der Vorgänger der ältern Deutsch-Praktiker,

Gail, observationes, II, 110;
Carpzov, praxis rer. crimin. P. I, qu. 45, n. 57; P. III, qu. 146, n. 30.

Boehmer, Medit. ad C. C. C. ad art. 179, §. 9, p. 869,

welche bei jener alten Ansicht um so eher stehen bleiben konnten, als die P. G. O. nichts ausdrücklich in Betreff der Trunkenheit anordnete, und die Art. 150 und 179, welche von denjenigen Verbrechern handeln, welche *von Sinnen* gewesen seyen, und nach Rath der Rechtsgelehrten bestraft werden sollten, füglich auch auf den höchsten Grad der Trunkenheit bezogen werden konnten.

Cf. *Wächter*, Lehrbuch des Strafrechts, I, §. 72. S. dagegen *Jarcke*, Handbuch, I, S. 173.

In der *neuern* criminalistischen Literatur vermissen wir dagegen hinsichtlich dieser für die Praxis so wichtigen Materie nicht nur die wünschenswerthe Übereinstimmung, sondern auch gründliche wissenschaftliche Forschung, so dass diesem Gegenstande, ungeachtet der ausgezeichneten psychologischen Vorarbeiten, erst in der neuesten Zeit eine grössere Aufmerksamkeit geschenkt worden ist, ohne dass jedoch überall befriedigende Resultate bereits gewonnen wären.

Feuerbach, de causis mitigandi ex capite impeditae libertatis, Jena 1799,

verwarf mit den übrigen hergebrachten Milderungsgründen auch die Trunkenheit als solche, und führte daher auch in seinem *Lehrbuch* §. 90. nur *die unverschuldete höchste Trunkenheit,* und zwar als Aufhebungsgrund der Zurechnungsfähigkeit an. Jedoch hat *Feuerbach* in seinen *actenmässigen Darstellungen* vom *psychologischen* Standpunkte aus mit grosser Meisterschaft den Einfluss der Trunkenheit auf die Begehung von Verbrechen gezeichnet.

Kleinschrod, Grundbegriffe des peinlichen Rechts, 3. *Ausg. Erlangen* 1805, S. 220, ff.

nimmt dagegen den mildernden Einfluss der Trunkenheit in Schutz, will ihn aber *mit Berücksichtigung des Temperaments* bestimmen, indem es darauf ankommen soll, ob die That mit dem Temperamente ihres Urhebers übereinstimme, oder nicht, indem im ersten Falle, die Zurechnung unmöglich einen hohen Grad erreichen könne. Denn wenn der Jähzornige im Zustande der Trunkenheit zum Zorne gereitzt werde, könne kein hoher Grad von Dolus angenommen werden, da man in einer solchen Lage entweder ganz unfähig, oder doch weniger geschickt sey, seine Leidenschaften zu beherrschen, wogegen volle Zurechnung stattfinden müsse, wenn die That dem bisherigen Temperamente entgegen sey. Es bedarf kaum einer Bemerkung, wie unstatthaft es sey, auf die so schwankende Grenze der Verschiedenheit der Temperamente ein solches rechtliches Gewicht zu legen.

Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft, B. 1, §. 123,

erkennt einfach die Trunkenheit, insofern sie die Überlegung gehindert hat, als Milderungsgrund an, *auch wenn sie verschuldet ist*, da die desfallsige Schuld mit dem Verbrechen selbst in keiner Verbindung stehe. Dagegen fällt aber auch nach ihm der aus der Trunkenheit abgeleitete Milderungsgrund weg, wenn sie absichtlich zu dem Zwecke bewirkt worden ist, um das Verbrechen mit desto mehr Muth und Stärke auszuführen.

Grolman, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, §. 171,

rechnet zu den, *der That nach Unmündigen*, die daher eine mildere Strafe treffe, ebenfalls die *in beträchtlichem Grade Betrunkenen.*

Henke, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft, §. 61 und
Handbuch des CriminalRechts, *B.* 1, §. 50, S. 322 ff.

gedenkt, wie *Feuerbach*, der Trunkenheit nur hinsichtlich der Zurechnungsfähigkeit, nicht als Milderungsgrund.

Rosshirt, Lehrbuch des CriminalRechts, §. 89. S. 89. S. 166 und
Entwicklung der Grundsätze des Strafrechts, §. 9, S. 77,

erkennt die Trunkenheit zwar als Milderungsgrund an, jedoch nur hinsichtlich *der durch sie geschwächten Sinnenthätigkeit*, in welcher Beziehung er derselben die, die Willensfreiheit beschränkenden Affecten entgegen stellt. Jedoch bemerkt er zugleich, dass die Römer die *Ebrietas* auch zu den Fällen des Impetus zählten, und hält deshalb dafür, *dass in der Praxis die beiden Verhältnisse der Trunkenheit wohl zu unterscheiden seyen*, nämlich der *gestörte SinnenOrganismus* nach *Deutschem* Rechte, jedoch in dieser Hinsicht nur, wenn sie unverschuldet sey, und die auch bei voller Sinnenthätigkeit vorhandene *Erregtheit* nach *Römischem* Rechte. Allein der Umstand der gestörten Sinnenthätigkeit als solcher ist in der Deutschen Praxis nie besonders hervorgehoben, und es ist auch schwer einzusehen, wie diese auf die Strafbarkeit, so weit nicht von blosser Culpa die Rede ist, Einfluss haben kann. Dagegen hat *Rosshirt* mit Recht auf die Ebrietas als *Impetus* im Sinne des Römischen Rechts aufmerksam gemacht.

Martin, *Lehrbuch des CriminalRechts*, §. 56, erkennt die Trunkenheit geringeren Grades, wenn sie unvorsätzlich ist, auch als Milderungsgrund an, mit allgemeiner Bezugnahme aufs Römische Recht.

Bauer, *Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft*, §. 85 u. 86, §. 133,
überhaupt zwischen *Strafzumessungsgründen* bei unbestimmten Strafgesetzen und *Milderungsgründen* bei bestimmten Strafgesetzen unterscheidend, führt den, nicht alle unmittelbare Zurechnung ausschliessenden Grad der Trunkenheit (Cf. §. 120), als einen Zustand eines beschränkten, oder *verdunkelten* Bewusstseyns der Strafbarkeit des Verbrechens zunächst als einen bei der Strafzumessung zu berücksichtigenden Umstand an. Ausserdem führt er jedoch die Trunheit, und zwar ohne weitere Unterscheidungen, auch als Milderungsgrund auf. —

Jarcke, *Handbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts*, Th. 1, §. 24, S. 173, ff.,
davon ausgehend, dass das *Römische* Recht die Trunkenheit als Milderungsgrund anerkenne, das *canonische* Recht aber die höchste Trunkenheit freilich als Grund der Zurechnungslosigkeit betrachte, jedoch daneben die Strafbarkeit der Trunkenheit an und für sich ausspreche, billigt nur im Allgemeinen die ältere, namentlich von *Carpzov* vorgetragene Theorie, insbesondere auch den Satz, dass eine *mässige* Trunkenheit gar keine Berücksichtigung verdiene, ohne jedoch weiter auf diese gemeinrechtliche Lehre einzugehen.

Bei dieser, auf den ersten Blick sich ergebenden höchsten Mangelhaftigkeit und Unvollständigkeit der criminalistischen Würdigung der

Trunkenheit, war es ein grosses Verdienst von *Mittermaier*, dass er diesen für die Praxis so höchst wichtigen Gegenstand mit Berücksichtigung der neuern psychologischen Forschungen über Trunkenheit und Trunkfälligkeit ausführlicher in Erwägung zog.

Cf. *Mittermaier, über den Einfluss der Trunkenheit auf die Zurechnung und Strafanwendung, im Neuen Archiv des Criminalrechts.* Halle 1830, B. 12, St. 1., N. 1.

Nach *Mittermaier* kann nur das Princip der Zurechnung überhaupt auch das der Zurechnung der Trunkenheit seyn. Am Richtigsten sieht man bei der *Zurechnung* nur darauf, ob der Handelnde in dem Momente der Handlung das Bewustseyn, und zwar seiner selbst, der von ihm verübten Handlung und ihrer Folgen, und ihrer Beziehung auf das Gesetz hatte, so dass überall wo das Bewustseyn wegfällt, auch die Zurechnung aufhört. Der Zustand der höchsten Trunkenheit oder der Trunkenheit im dritten Grade ist nun ein solcher, welcher dies Bewustseyn, dessen Daseyn die Bedingung der Zurechnung ist, aufhebt; weshalb hier in Bezug auf das einzelne vom Trunkenen verübte Verbrechen die Zurechnung ganz wegfällt. Dagegen ist die Trunkenheit im mittlern oder zweiten Grade als Strafmilderungsgrund anzuerkennen; denn indem hier der stärkere Andrang des Bluts und der dadurch bewirkte erhöhte Nervenreiz das Gefühl zum Affect steigert, die Phantasie die Oberhand gewinnt, und dem Trunkenen andere Bilder vorstellt, als sie in der Wirklichkeit sind; die gesteigerte Reizbarkeit die Klarheit des Bewustseyns stört, wenn auch nicht dasselbe aufhebt, so rechtfer-

tigt sich hier insbesondere wegen des getrübten unklaren Bewustseyns die Annahme einer Strafmilderung. Dagegen verändert der erste oder niedrigste Grad der Trunkenheit, in welchem das genossene Getränk nur schnelleren Blutumlauf befördert und damit die Nerventhätigkeit erhöht, an der Klarheit des Bewustseyns der Handlung und der Erlaubtheit oder Sträflichkeit derselben nichts, weshalb an der Zurechnung hier in keiner Art etwas verändert wird.

Zu bedauern ist, dass *Mittermaier*, statt mit der mittelalterlichen Italiänischen Praxis, nicht mit dem Römischen Rechte selbst seine Forschungen über die Trunkenheit begonnen hat, indem er in diesem Falle den *Impetus ebrietatis* als solchen nicht unberücksichtigt gelassen und über das leitende Princip sich gewiss anders ausgesprochen haben würde, als jetzt, auch gefunden haben würde, dass der Begriff des mehr oder minder klaren Bewustseyns selbst an einer gewissen Unklarheit leidet; dagegen aber der aus der Trunkenheit hervorgehende Impuls zu einer verbrecherischen Handlung, welcher die Herrschaft der Ratio erschwert, sich weit bestimmter begreifen und ermitteln lässt. Imgleichen würde *Mittermaier* alsdann das Verhältniss der Trunkenheit zum Affecte gewiss richtiger dargestellt haben, als jetzt, wo er, nur den *höchsten* Grad der Trunkenheit vor Augen habend, deren wesentliche Verschiedenheit vom Affecte behauptet, bei letzterm wieder nur an den *Affectvollen* denkt, nicht beachtend, dass auch ein im Ganzen gefasster Mensch doch ein oder das andere Mal in Affect gerathen kann. Wenn *Mittermaier* namentlich anführt (a. a. O. S. 25), dass in dem Affecte noch immer Bewustseyn, obgleich

getrübt, fortdauere, und der Handelnde das, was er thue, so wie die Folgen desselben kenne, und die abmahnende Stimme des Gesetzes höre, während der Trunkene nicht wisse, was er thue, und in sofern die Analogie einer die Zurechnung ausschliessenden Seelenstörung begründet sey, so kann dieses offenbar nur von dem im *höchsten* Grade Trunkenen gesagt werden; während nicht einzusehen ist, wie der *mittlere* Grad der Trunkenheit vom Affecte wesentlich verschieden seyn könne; weshalb denn auch die Römer die Ebrietas unter den Fällen der Perturbationen, so gut wie die Ira etc. aufführen. — Auch scheint anderswo *Mittermaier* selbst einzugestehen, dass die Trunkenheit nach Analogie des Affects zu beurtheilen ist. „Bei Verbrechen" sagt er S. 31, „der dritten Art, (die in *gewaltthätigen* Handlungen bestehend, in *rascher Aufwallung des Affects* verübt werden,) wird *die höchste Trunkenheit* am Meisten dahin wirken, bei einer That, welche, wenn sie nüchtern verübt wäre, als Mord oder dolose Verwundung bestraft würde, den Vorwurf der *Prämeditation* zu entfernen, und zu bewirken, dass nach Umständen die That *nur als im Affect verübt,* oder selbst nach den Grundsätzen von der Culpa bestraft werden kann." Freilich sieht man hier nicht ein, wie diess von der höchsten Trunkenheit gesagt werden kann, da diese ja *Zurechnungsunfähigkeit* bewirkt. Auf den *mittlern* Grad der Trunkenheit aber bezogen, können diese Worte nichts anders sagen wollen, als dass die in der Trunkenheit begangene Handlung in der Regel nur als *ein Affect*, demnach *Impetu ebrietatis,* und nicht *Proposito* unternommen, angesehen werden könne; was in sofern als richtig anzuerkennen ist, als die

Trunkenheit geeignet ist, den durch wirkliche oder eingebildete Ursachen, namentlich durch Beleidigungen herbeigeführten Affect in dem Maasse zu steigern, dass dadurch erst die Heftigkeit des Impulses herbeigefürt wird, was eben die Strafmilderung begründet. —

Schliesslich bemerken wir nur noch, dass

Hefftér, Lehrbuch des CriminalRechts, §. 105, N. 1,

mit bestimmter Bezugnahme auf die Römische Lehre von der *Perturbatio* und dem *Impetus,* unter den *Minderungsgründen* der Strafbarkeit und zwar unter den ungewöhnlichen Hindernissen, wodurch die vollständige Erkenntniss und die Wahl des Rechten erschwert wird und unter den Fällen des von dem Handelnden nicht selbst absichtlich zur Begehung des Verbrechens herbeigefürten Zustandes der *Verwirrung,* wodurch bei der Vornahme der verbrecherischen Handlung den Vorstellungen ihre Klarheit benommen und der Verstand in der gehörigen Überlegung gestört wird, auch die *Trunkenheit* zählt, in sofern durch sie ein *Impetus* (Affect) erzeugt wird. Ein weiteres Eingehen auf die psychologische und rechtliche Seite der Trunkenheit vermissen wir jedoch bei ihm. —

Hiernach ist es einleuchtend, dass die Betrachtung des Inhalts der neuern criminalistischen Literatur unsere, vom Römischen Standpunkte aus gewonnene Überzeugung von der wahren criminalrechtlichen Bedeutung der *Trunkenheit* nicht erschüttern, sondern nur bekräftigen kann, und wir berechtigt sind, die im vorliegenden Rechtsfalle behauptete Trunkenheit hiernach zu beurtheilen. —

(S. die nachfolgende Ausführung in N. XII.)

XII.

Der Mord aus Rache, im Gegensatze des Todschlages im Zorne, nachgewiesen in der Tödtung des Goldschmides *Suhr* in *Ribnitz* durch den Kaufmann *Kühn* daselbst.

Aus den Entscheidungsgründen zum Urtheile der *Rostocker* Juristenfacultät wider *August Kühn.*

Was die *Formalien* der vorliegenden Untersuchung betrifft, so lässt sich weder gegen das Verfahren vor dem Grossherzogl. Stadtgerichte zu *Ribnitz*, noch gegen das vor dem Grossherzogl. CriminalCollegium zu *Bützow*, nachdem auf Verlangen unsers SpruchCollegiums eine Defensions Schrift nachträglich zu den Akten gekommen ist, irgend eine in den Rechten gegründete Ausstellung erheben, wie solches auch der Defensor anerkannt hat. Freilich behauptet der Inquisit Kühn wiederholt und beharrlich, dass das Grossherzogl. Stadtgericht zu Ribnitz sich in den Verhören nicht nur SuggestivFragen gegen ihn erlaubt, sondern auch seine Aussagen falsch habe protocolliren lassen. Allein nachdem das gesammte StadtgerichtsPersonal auf Anforderung des Grossherzogl. CrimminalCollegiums das Gegentheil dieser Behauptungen auf seinen geleisteten Diensteid bekräftigt hat, kann, abgesehen von andern Gründen, deren weiter unten gedacht werden wird, von einem Formfehler in dieser Hinsicht überall nicht die Rede seyn.

Hinsichtlich der *Materialien* ist

A. in Betreff des *objectiven Thatbestandes* oder des s. g. *Corpus delicti*, es keinem

Zweifel unterworfen, dass hier eine *Tödtung* vorliegt, und zwar eine solche, welche nicht als eine *reinzufällige Tödtung* angesehen werden kann; so dass der objective Thatbestand des Verbrechens als vollkommen begründet erscheint, und zwar aus nachfolgenden Gründen:

1. Wie in der Nacht vom 22. auf den 23. Nov. 1834, in der Gaststube des Herbergiers *Breuhahn* in *Ribnitz* ausser dem Wirthe und seiner Tochter Wilhelmine der Goldschmid *Suhr*, der Tischlerältermeister *Beu*, der Glasermeister *Grönlandt* und der KlosterMüller *Kriegesheim*, alle in Ribnitz wohnhaft, sich unterhaltend beisammen sitzen, und zwar der Goldschmid *Suhr* auf einem Lehnstuhle, der Stubenthür grade gegenüber, 19 Fuss Hamb. Maass von derselben entfernt, der Gastwirth *Breuhahn* ihm links zur Seite, die übrigen Anwesenden in andern Gegenden der Stube, öffnet sich um 1 Uhr Nachts die Stubenthür, und gleichzeitig erfolgt ein Schuss aus einem in die Stube hineingehaltenen Flintenlaufe.

2. Der, der Stubenthür gegenübersitzende Goldschmid Suhr war von dem vollen Schuss im Gesichte getroffen. Einzelne Hagelkörner waren rechts und links von Suhr in einer Höhe von $3\frac{1}{2}$ bis 4 Fuss in die hinter ihm befindliche Stubenwand geschlagen. Suhr sass blutend und sprach- und besinnungslos da. Der gleich herbeigeholte Arzt Dr. *Nizze* fand ihn noch lebend, jedoch ohne Besinnung. Eine Viertelstunde darauf starb er.

3. Bei der von dem KreisPhysicus Dr. *Wittstock* und dem KreisChirurgus *Gallenbach* am 25. Nov. vorgenommenen legalen Leichen-Section fanden sich im Gesichte der Leiche

besonders an der *rechten* Seite des Halses insgesammt 11 kleine Schusswunden. Ungeachtet die Artis periti es aus Rücksicht für die Wittwe des Verstorbenen unterliessen, alle SchussCanäle zu untersuchen; so führten sie doch auch in dieser Hinsicht die Obduction so weit fort, als der volle Beweis des Thatbestandes es erforderte und fanden demnach, dass die Wunden fast alle eine runde Gestalt und gleiche Grösse hatten und den durch ein mit Hagel geladenes Gewehr zugefügten Verletzungen glichen; so wie sie auch mehrere Hagelkörner, die resp. 3 und 4 Zoll tief in die innere Höhle des Kopfes eingedrungen waren, mit Hülfe einer chirurgischen Knopfsonde herauszogen. Ausser eigentlichen Hageln fanden sich jedoch in den Wunden auch ungefähr 7 kleine zu den Akten gekommene Stücke Blei, welche wahrscheinlich die Form von Hageln durch das Anprallen an die Gesichtsknochen verloren haben.

4. In ihrem Elogium erklärten die Artis periti wiederholt, dass Denatus, welcher so gesund gebaut gewesen sey, wie nur irgend ein Mensch wünschen könne und sich noch in dem kräftigen Mannesalter zwischen 30 und 40 Jahren befunden habe, auf keine andere Weise, als durch die ihm zugefügte absolutlethale Verletzung mittelst Schiessgewehres ums Leben gekommen sey. Der Umstand, dass derselbe nach der empfangenen Verwundung noch $\frac{1}{2}$ bis $\frac{3}{4}$ Stunden gelebt habe, erkläre sich dadurch, dass Herz und Gehirn nicht unmittelbar getroffen seyen. Dennoch aber sey Rettung und Lebenserhaltung unmöglich gewesen.

B. Fragen wir nun aber nach dem *subjectiven Thatbestande* dieser That, und daher zunächst:

1. nach der *Person des Thäters*, so stellt sich als solcher unzweifelhaft der Kaufmann *August Carl Friederich Kühn* aus Ribnitz dar, und zwar aus nachfolgenden Gründen:

a. Der Inquisit Kühn hat es selbst wiederholt sowohl vor dem Grossherzogl. Stadtgerichte zu Ribnitz, als vor dem Grossherzogl. Criminal-Collegium zu Bützow gestanden, dass er in der fraglichen Nacht eine doppelläufige und ans Gericht abgelieferte Jagdflinte mit Percussions-Einrichtung, nachdem er vor dem Hause des Breuhahn ein Zündhütchen auf den allein vorhandenen Cylinder des linken Laufes aufgesetzt, und darauf ins Haus getreten, die Thür des Gastzimmers geöffnet und den Lauf der Flinte grade in die Stube hinein gehalten, absichtlich abgedrückt und dabei wahrgenommen habe, dass die Flinte geladen gewesen sey.

b. Gleich in dem ersten Verhöre deponirten der Gastwirth *Breuhahn*, der Tischler *Beu* und der Glaser *Grönlandt* einstimmig, dass es Kühn gewesen sey, welcher gegen 1 Uhr Nachts die Stubenthür aufgerissen habe, stehen geblieben sey und auf den der Stubenthür gegenüber sitzenden Goldschmid Suhr aus seiner Jagdflinte geschossen habe. Diese erste Aussage derselben stimmt auch mit ihren spätern Depositionen im Wesentlichen überein. Beu, der nach seiner spätern Aussage damals nur den Blitz des abgefeuerten Gewehrs gesehen haben will, ist nach der ersten Aussage dem Kühn gleich nach dem Schusse nachgegangen und hat ihn in sein Haus hineingehen sehen.

c. An demselben Abende des 22. Nov., ungefähr 2 Stunden vor dem unglücklichen Ereignisse verliess Kühn das Gastzimmer des Breu-

hahn, in welchem sich damals ausser dem Wirthe die oben genannten Gäste befanden, und zwar mit einem bösen zornigen Blicke, in Folge eines mit dem Goldschmid Suhr gehabten Streites, in welchem er vom letztern einen derben Faustschlag ins Gesicht empfangen hatte und auf den Fussboden niedergeworfen worden war, welcher Umstand, verbunden mit einer schon seit mehreren Wochen bestandenen Spannung zwischen Kühn und Suhr, besonders den Gastwirth Breuhahn gleich nach der ersten Enfernung des Kühn aus dem Gastzimmer wegen der etwaigen bösen Absichten desselben besorgt machte und auch die übrige Gesellschaft veranlasste, vollends wie sie von Breuhahn vernahm, dass ein Mensch, den er für Kühn halte, draussen herumschleiche, beisammenzubleiben.

Kann nun demnach an der Thäterschaft des Kühn im Allgemeinen nicht gezweifelt werden, so frägt sich doch ferner:

2. Ob nicht eine bloss *culpose Tödtung* zur Bestrafung stehe. Möchte nun gleich diese schon aus dem über den Thatbestand seither Mitgetheilten sich von selbst als höchst unwahrscheinlich darstellen, so kann dennoch die Frage um so weniger umgangen werden, als der Inquisit Kühn in seinen spätern, vor dem Grossherzogl. Crim. Collegium zu Bützow abgegebenen Aussagen beharrlich nur eine solche *culpose Tödtung* des Suhr eingesteht, und noch am Schlusse der Untersuchung, nach Entschuldigungsgründen befragt, zu Protocoll gibt:

„Ich kann mich mit nichts weiter entschuldigen, als dass ich, unbewusst, dass mein Gewehr geladen war, und ohne Absicht damit zu schaden, bloss um die Breu-

hahnsche Gesellschaft zu schrecken, von starken Getränken berauscht, den Knall des Zündhüthchens durch den Abdruck des Hahns meines Gewehres habe verursachen, aber Niemanden, also auch den Suhr nicht habe verletzen wollen.“

Es wird jedoch diese offensichtlich falsche Behauptung des Inquisiten zweckmässiger weiter unten näher beleuchtet werden, wenn der Widerruf des anfänglichen Geständnisses *absichtlicher* Tödtung gewürdigt werden wird. Hier dürfte es genügen, im Allgemeinen nur noch darauf aufmerksam zu machen, dass der eigene Defensor des Inquisiten dieses Vorbringen desselben für offensichtliche Lügen erklärt und auch nicht den entferntesten Versuch macht, aus diesem Gesichtspunkte eine völlige Straflosigkeit, oder sehr geringfügige Strafbarkeit seines Defendenden zu behaupten.

3. Steht nun daher zunächst die *dolose* oder *absichtliche Tödtung* des Goldschmid Suhr durch den Inquisiten Kühn zur richterlichen Untersuchung, so tritt uns hier die wichtige Frage entgegen, ob Kühn die That mit *Vorbedacht* und *Überlegung*, oder aus *Jähheit* und *Affect* verübt habe, von deren Beantwortung zugleich die zweite Frage abhängt: ob ein *Mord*, oder ein *Todschlag* zur Bestrafung stehe?

Aus dem oben (S. Abh. X.) Ausgeführten erhellt, wie es nirgends so nothwendig ist, als bei absichtlicher Tödtung, die verbrecherische Handlung nicht abgesondert für sich, sondern im Zusammenhange mit dem ganzen seitherigen äussern und innern Leben des Inculpaten aufzufassen; zumal wenn, wie hier, die Frage entsteht, ob ein im

heftigen Affect begangener Todschlag, oder ein besonnen verübter Mord zur Bestrafung stehe. —

Wie wurde Kühn, fragen wir daher, äusserlich und innerlich so geführt, dass es ihm möglich wurde, einen Menschen, zu dem er in ein gespanntes Verhältniss gekommen, von dem er wiederholt empfindlich beleidigt war, *absichtlich* zu tödten, sey es nun im ersten Anfall eines heftigen Jähzornes, oder in einer minder heftigen Gemüthsstimmung besonnener leidenschaftlichen Rache?

Kühn war das einzige Kind seiner Ältern, von seinem Vater, einem braven und strebsamen, aber heftigen Manne, der Cantor zu *Ribnitz* war, oft mit Strenge behandelt, dagegen von seiner Mutter, einer ehemaligen Erzieherin, in Schutz genommen und verzogen. In ihren zu den Akten gekommenen Briefen stellt sich die Mutter als eine durch falsche Sentimentalität und Halbbildung höchst verschrobene Person dar, in welcher die Begriffe von Recht und Unrecht, von diesem und jenem Leben in so bunter Mischung unter einander liegen, dass aus ihrer Erziehung unmöglich etwas Tüchtiges hervorgehen konnte. Dieser Charakter der Mutter ward für Kühn um so wichtiger, als der ernste und strenge Vater frühe starb und Kühn nun ganz der mütterlichen Erziehung anheimfiel, obschon er bei seiner bereits entschieden hervortretenden heftigen und leichtsinnigen Gemüthsart vor allem einer festen männlichen Leitung bedurft hätte. Der Pastor *Fromm* zu *Ribnitz* bezeugt, dass schon bei Lebzeiten des Vaters die Mutter wider dessen Willen ihrem Sohne, als ihrem einzigen Kinde, bei seiner leichtsinnigen und heftigen Gemüthsart in Allem nachgesehen habe, und dass durch die

mütterliche Liebe die beiden Leidenschaften des Knaben, Leichtsinn und Heftigkeit, immer neue Stärke erhalten hätten. Auch der mehrjährige Lehrer des Kühn, der Pastor *Fromm* zu *Rehna*, früher Lehrer an der Bürgerschule zu Ribnitz, gibt an, dass die Mutter dem Knaben, in dem ein leidenschaftliches, leicht zu Heftigkeit und Jähzorn aufwallendes Temperament unverkennbar gewesen sey, in seinen Launen und Begehren zu viel nachgesehen, nach dem Tode des Vaters völlig ihr Alles an ihm gehabt und sich um so mehr an seinen Willen gebunden habe. Begreiflich ist, dass auch in der Folge Ermahnungen der inzwischen sich wieder verheirathenden Mutter wenig Eingang beim Inquisiten fanden und dass sich im Gegensatze mit der mütterlichen Sentimentalität bei ihm frühe ein gewisser Hang zur Rohheit und Ungebundenheit entwickeln musste, welcher sich später gegen die Mutter selbst geltend machte.

Nach der Confirmation kam Kühn zum Kaufmann *Klockmann* in *Rostock* in die Lehre, aus der er aber seiner Naseweisheit wegen noch vor Ablauf des ersten Jahres wieder entlassen wurde. Nunmehr trat er als Lehrling in die Frammsche Apotheke zu *Doberan*, in welcher der Hang zu geistigen Getränken in ihm zuerst erwachte. „Ich kann nicht leugnen,“ sagt Inquisit, „dass ich Geschmack an Liqueurs fand, doch nicht übertrieben und ohne Leidenschaft.“ Der Sohn der Principalin des Kühn, der jetzige Kaufmann *Framm* in *Doberan* gibt an, dass, wenn Kühn einen ApothekerSchnaps zu sich genommen, sich sein heftiges und aufbrausendes Temperament besonders gezeigt habe. Der damalige Provisor, jetzige Apotheker *Framm* in Doberan bemerkt

ausserdem, dass Kühn durch jede Zurechtweisung erregt und gereizt worden sey. Der Arbeiter im Laboratorium, jetzige Büdner *Dreyer* in Doberan deponirt, dass Kühn in seiner lebhaften Heftigkeit oft unnützen Lärm gemacht und *sehr nachtragend und rachsüchtig* gewesen sey. — Dass bereits damals das Gemüth des Inquisiten eine tiefere *leidenschaftliche* Richtung nahm, dass bei *schwerern* Beleidigungen statt des ihm sonst gewöhnlichen heftigen Scheltens und Lärmens finstere *Rachegedanken* sich seiner bemächtigten, und statt eines augenblicklichen Jähzornes länger anhaltende böse Gedanken ihn zu *überlegten* Handlungen bestimmten, beweist eine aktenkundige Begebenheit, welche die frühere Beendigung seines Aufenthaltes in Doberan zur Folge hatte. Kühn nämlich, wegen seines anmaassenden Betragens vom Provisor *Framm* zurechtgewiesen und in Folge grober Ausfälligkeit mit einigen Maulschellen bestraft, holte mit den Worten: *das habe ich erwartet!* einen *unter dem Rock verborgen gehaltenen dicken Knittel* hervor und wollte damit auf jenen losschlagen. Daran verhindert und mit Arretirung bedroht, bemächtigte Kühn sich des Schlüssels zum Giftschrank, holte daraus heimlich *ein Glas mit Blausäure,* entfernte sich mit diesem aus dem Hause und verbarg es im Walde. Ergriffen gestad er ein, die Absicht gehabt zu haben, sich damit zu vergiften, falls man ihn hätte arretiren wollen. In gegenwärtiger Untersuchung hierüber befragt, gibt er an, dass die gehabte Absicht ihm so wenig damals, als später ganz klar geworden sey. „*Mir ging Manches durch den Kopf!*" fügte Inquisit hinzu. Nicht *Jähzorn,* nicht ein blosser *Impetus doloris* tritt uns hier entgegen, sondern

Überlegung und Vorbedacht, eine finstere Leidenschaft der Rache, die sich mit den gefährlichsten Mitteln zu waffnen sucht, um nach Gelegenheit den verderblichsten Gebrauch davon zu machen. Im Besitz der Blausäure ging dem Inquisiten Manches durch den Kopf, und gesetzt auch, dass er wirklich einen Augenblick bei dem Gedanken verweilte, sich selbst damit zu vergiften, so zeigt sich hier die oben angezogene Bemerkung des Psychologen *Schulze* als zutreffend, dass Rachsüchtige ihre Wuth oft auch gegen sich selbst richten, um in dem Beleidiger, durch das Bewustseyn, einen Selbtmord veranlasst zu haben, Gewissensbisse zu erregen, und sich auf solche Weise an ihn zu rächen, wenn ihm auf keine andere Art beizukommen war. — Noch müssen wir bemerken, dass bereits in Doberan die für einen Menschen dieser Art doppelt gefährliche Jagdlust in Kühn sich zu regen begann, der er in der Folge sich immer mehr ergab, und die auf der einen Seite durch das Andenken an seinen Vater, der ein Jagdfreund war, und dessen Flinte Kühn schon in Doberan besass, neu verstärkt, durch die sentimentalen Abmahnungen der Mutter, deren sie auch in den zu den Akten gekommenen Briefen gedenkt, nicht geschwächt werden konnte. — Der HofApotheker *Krüger* in *Rostock,* zu dem Kühn nunmehr als Apotheker-Gehülfe zog, deponirt über ihn: „Der Kühn gefiel mir in mancher Hinsicht nicht recht. Er war *ein passionirter Jäger* und ging gern auf die Jagd, *war dem Trunk ergeben*, und verrieth bei Geschäftsgelegenheiten *ein reizbares, zorniges Temperament.*“ Die Aussagen der in schnellem Wechsel folgenden spätern Principale des Kühn stimmen im Wesentlichen hiermit

überein. Der Apotheker *Stahr* in *Gnoyen* bemerkt, dass Kühn ein heftiges Temperament gehabt habe, und sehr reizbar und jähzornig erschienen sey; der Apotheker *Fuhr* in *Hamburg*: dass er ein grosser Jagdliebhaber gewesen, nicht gut Vorwürfe habe ertragen können, und *sogleich aufsässig und brutal* geworden sey; der Apotheker *Lüttich* in *Lübeck*: dass er sich zu Zeiten, von Getränken erhitzt und berauscht, leicht aufgeregt und gereizt, heftig und aufbrausend, dabei aber gutmüthig gezeigt habe; der Apotheker *Rüdel* in *Kiel*: dass er sehr heftig, auffahrend und jähzornig gewesen, daneben unverträglich, mit allen Leuten im Hause Lärm und Streit angefangen habe, und oft Abends betrunken zu Hause gekommen sey; der Apotheker *Biel* in *Garding*: dass er *etwas verwildert* gewesen und Trinken und Jagen geliebt habe; der Apotheker *von Santen* in *Kröpelin*: dass er schlecht erzogen, seinen Neigungen mehr, als entschuldigt werden könne, nachgegeben habe, sich keinen Wunsch hätte versagen können, der Jagdlust und dem Trinken ergeben gewesen sey. Auch die Ehefrau des von Santen bezeugt, dass Kühn sehr reizbar und heftig gewesen, zuweilen bei ganz gleichgültigen Veranlassungen in Hitze gerathen sey, welche ihm dann zu *leidenschaftlichen Äusserungen* verleitet habe; so wie das von Santensche Dienstmädchen *Jess* deponirt: dass Kühn, *wenn er benebelt*, sehr reizbar und leicht zu erzürnen gewesen sey, sie auch einmal vor die Brust gestossen, mit Schlägen bedroht und ihr nachher noch unfreundlich begegnet habe. — Aus allen diesen Aussagen erhellt, wie Kühn sich immer entschiedener nicht nur seinem Hange zu geisti-

gen Getränken und seiner Jagdlust, sondern auch seiner heftigen Gemüthsart hingab, und so immer mehr in ein wildes, brutales Wesen hineingerieth, bei dem er wenig geneigt seyn konnte, der Vernunft noch einige Herrschaft über sich und seine Affecten und Leidenschaften einzuräumen. Ein lebhaftes Bild dieses Zustandes eines verwilderten rachsüchtigen Wesens, welches sich auch nicht scheut, das Jagdgewehr selbst gegen Menschen zu gebrauchen, tritt uns in einem Vorgange entgegen, über den Inquisit während seines Aufenthalts in *Kröpelin* in Untersuchung und zur Strafe gezogen ward, und über welchen die früher auch an unsere Facultät gelangten Akten den gegenwärtigen U. A. beigefügt worden sind.

Am 28. Juli 1833 war Kühn nämlich mit dem Jäger *Schumacher* auf der Jagd gewesen, als Letzterer einen Holzfrevler arretirte und in das Haus des Thorschreibers *Westphal* brachte, wohin auch Kühn ging. Als er hier vernahm, dass die inzwischen draussen versammelte Menge drohte, ihm seine Flinte abzunehmen, erklärte er, dass er schiessen würde, wenn man ihm seine Flinte anfasse; worauf er den einen Lauf seiner doppelläufigen Flinte mit gröbern Hageln lud. Nach längerm Verzögern aus dem Hause tretend und von einem Maurerburschen aufgefordert, sein Gewehr ordentlich zu tragen, versetzte er demselben mit den Läufen seiner Flinte einige Schläge an den Kopf, oder, wie er sich ausdrückt, gegen die Mütze. Ungeachtet des drohenden Scheltens mehrerer Personen in der Menge begleitete Kühn dennoch den Jäger mit seinem Arrestanten wieder aus dem Thore, angeblich um die Jagd fortzusetzen. Als mehrere Menschen jetzt wieder

die Absicht aussprachen, dem Kühn die Flinte abzunehmen, holte dieser nach seiner eigenen Erzählung sein Taschenmesser hervor, und bewickelte es mit einem Tuche, so wie er auch seine Flinte von der Schulter in die Hand nahm, und zurücktretend erklärte, dass er schiessen würde, wenn man ihn oder seine Flinte anfasse. Dem Knecht *Westphal*, der ihm die Flinte abnehmen wollte, versetzte Kühn mit seinem Taschenmesser mehrere Stösse auf den Arm; worauf beide Flintenläufe in die Erde abgeschossen, die Flinte ihm abgenommen und zerschlagen und er selbst arg gemisshandelt wurde. Der deshalb zur Untersuchung gezogene *Westphal* sagte damals vor Gericht aus: „Ich traf am 28. Juli Abends auf dem Fusssteige beim Doberaner Landwege eine grosse Menschenmenge und den Aposheker Kühn, welcher eine doppelläufige Flinte mit aufgezogenen Hähnen schussfertig auf dem Arme hielt. Ich sagte zu ihm: er solle das Gewehr niedersetzen; er antwortete mir aber: ich solle gehen, sonst würde er mich schiessen. Nach weiterm Wortwechsel und da er die gefährliche Stellung beibehielt, bog ich ihm die Läufe des Gewehres nieder und hielt dieselben möglichst zur Erde, damit kein Unglück geschehe. Ein Schuss der fraglichen Flinte wurde inzwischen — wie ich meine, von Kühn selbst — in die Erde geschossen. Während ich nun das Gewehr noch festhielt, schlug er mich auf den Arm, dass es schmerzte und ich kaum im Stande war, das Gewehr länger niederzuhalten, obgleich die Umstehenden mir zuriefen, dass noch ein Schuss darin sey. Die auf den Arm erhaltenen Schläge vollführte Kühn mit einem Messer, welches durch die Kleidung hindurchdrang, wodurch

mein Arm auch zwei nicht ganz unbedeutende Wunden erhalten hat. Es waren mehrere Menschen, welche den Apotheker umzingelten, und es gelang mir den zweiten Schuss ebenfalls in die Erde abzufeuern. Die Flinte wurde dem Apotheker nun abgenommen und auf die Erde hingeworfen; er ergriff sie aber von Neuem wieder, und da sie ihm abermals entrissen wurde, wollte er sich der Flinte des Jägers Schumacher bemächtigen, welches ihm indessen nicht gelang.“

Offenbar tritt uns auch hier kein Jähzorn entgegen, der den Inquisiten zu einer augenblicklichen Übereilung fortriss, sondern eine auf den Besitz der geladenen Flinte und des Messers gestützte vollkommene Fassung, die jedoch den Kühn nicht veranlasste, sich weislich aus diesem fremden, und leicht blutig werdenden Handel zurückzuziehen, sondern ihn vielmehr antrieb, seinen Gegnern keck die Spitze zu bieten, und durch Schläge und Drohungen sie selbst herauszufordern. Gar leicht hätte damals schon eine Katastrophe eintreten können, wie sie jetzt in Frage steht, wenn nicht durch das Einschreiten des *Westphal,* der freilich der spätern Misshandlungen wegen straffällig ward, die Flinte des Kühn unschädlich gemacht worden wäre. —

Um Ostern 1834 verliess Kühn seine seitherige Laufbahn, um auf den Wunsch der inzwischen wieder verwittweten Mutter mit Hülfe ihrer Ersparnisse ein Handelsgeschäft in *Ribnitz* zu begründen. Bis Johanni brachte er jedoch meistens bei seinem alten Bekannten und Freunde, dem Forstverwalter *Haase* zu *Friedenholz* zu, welcher sich über ihn in gegenwärtiger Untersuchung dahin äusserte, dass er *Ausbrüche von*

Jähzorn an Kühn *nicht* bemerkt habe, dass er jedoch augenblicklich auffahrend seyn könne, wenn er sich verletzt glaube, was öfter geschehe, da er sehr empfindlich sey. — In einem mit dem Gelde der Mutter erkauften Hause eröffnete nun Kühn um Johanni 1834 sein Handelsgeschäft, das, auf Credit gegründet, Anfangs höchst mittelmässig ging, sich jedoch in der spätern Zeit besserte. Seine Mutter, die zu ihm gezogen war, und ihm selbst ihre kleine Pension zur Bezahlung seiner Schulden hingegeben hatte, sah sich, ihrer eigenen Aussage zufolge, bald genöthigt, „*seines schlechten Benehmens wegen, indem er sie öfters unbarmherzig kniff und stiess und immer so wüthend war,*“ von ihm wegzuziehen. Inquisit gestand später ein, sich gegen seine Mutter nicht immer so aufgeführt zu haben, wie die kindliche Pflicht es verlange; entschuldigte sich jedoch damit, dass er durch die von ihr gegen ihn geführten Reden, selbst wenn Leute im Laden gewesen wären, aufgebracht worden sey, weshalb er sie einmal beim Arme genommen und aus dem Laden geführt habe. In einem zu den Akten gekommenen Briefe an seine Mutter schreibt er jedoch: „Vergib mir *die vielen Frevel*, die ich gegen Dich beging. Gott straft mich gewiss schon genug für das an Dich begangene Unrecht.“ Aus den von der Mutter an den Inquisiten während seiner Gefangenschaft geschriebenen Briefen erhellt, dass sie ihm früher ausser seiner Jagdlust besonders auch die Etablirung einer Trinkstube in seiner Wohnung vorgehalten. — Noch ist zu bemerken, dass nach dem Zeugniss des Grossherzogl. Stadtgerichtes zu Ribnitz *Kühns* Ruf auch dort schon nicht vortheilhaft war, dass er *dem Trunke sehr er-*

geben und von verwildertem Charakter seyn sollte; in welcher Hinsicht auch die Bemerkung des Pastor *Fromm* anzuführen ist, dass *Ribnitz* wegen der dortigen Verführung junger Bürger zu nächtlichen Ausschweifungen für Kühn am Wenigsten passend gewesen sey. — Inquisit selbst gibt im Allgemeinen über seinen Charakter und Lebenswandel Folgendes an: „Er habe sich allerdings nicht immer so betragen, als wünschenswerth gewesen. Der Neigung zu starken Getränken und der Jagdlust habe er sich schon frühe hingegeben. Vorwürfe habe er nach seinem Temperament nicht gut ertragen können und sich denselben opponirt. In Gesellschaften sey er gerne gesehen worden, weil er heiter gewesen sey und zur Aufmunterung beigetragen habe. Er sey immer leicht erregbar gewesen, *habe Beleidigungen sehr tief gefühlt*, und habe, *um seinem Herzen Luft zu machen*, die ihm widerfahrne Unbill durch Worte bekämpft, aber einen dauernden Groll niemals gehabt. *Nach* solchen heftigen Auftritten mit Andern sey ihm dann wohl zu Muthe gewesen, *als möchte er die Urheber der ihm zugefügten Unbill sowohl, als auch sich selbst vernichten.*“

Fragen wir nun, wie dieser Kühn, wenn er von einem Menschen mit spöttischem Übermuthe behandelt, wiederholt geneckt, bedroht, beleidigt und gemisshandelt worden wäre, solche Kränkungen wohl aufgenommen haben würde, ob sie ihn zu einer blossen augenblicklichen Aufwallung des Gefühls angeregt, oder in eine gefährlichere leidenschaftliche Stimmung versetzt haben würden, so kann man nach dem Vorgetragenen unmöglich in Abrede stellen, dass Kühn seinem

ganzen bis dahin ausgebildeten Charakter gemäss zu einer leidenschaftlichen Behandlung seines Gegners angeregt geworden seyn müsste, so wie, dass es ihm nicht an einer gewissen Besonnenheit, aber auch nicht an fürchterlichen Rachegedanken, noch zu deren Ausführung an einem mindestens angetrunkenen Muthe, sowie an einem, sich ihm und seiner Neigung von selbst darbietenden Mittel, seiner doppelläufigen Jagdflinte gefehlt haben würde. —

Schon während seines Aufenthaltes beim HofApotheker *Krüger* in Rostock hatte Kühn daselbst den Goldschmid *Suhr* kennen gelernt. Nach Ribnitz zurückgekehrt, traf er daselbst Suhr als verheiratheten und etablirten Goldschmid wieder an. Dieser, von dem das Grossherzogl. Stadtgericht zu Ribnitz nichts Nachtheiliges zu bezeugen weiss, (seine häufigen Wirthshausbesuche abgerechnet, welche sich aus seinem, zur Geselligkeit gestimmten Temperamente herschrieben,) konnte für Kühn, der gleiche Neigungen hatte, ausserdem sich als angehender Kaufmann zu insinuiren und recommandiren wünschte, keine uninteressante Person seyn, und die Wiederanknüpfung der frühern Bekanntschaft musste sich in dem kleinen Orte um so eher von selbst machen, als Kühn in dem Goldschmid Suhr bereitwillig auch einen Grad von Bildung anerkannte, der eine gewisse Standesgleichheit zwischen ihnen zu begründen schien. Indem nun aber Suhr in Folge seines geselligen Wirthshauslebens mit manchen minder gebildeten Handwerksgenossen zusammenhing, wurde Kühn auch in diesen Kreis hineingezogen. Kühn bemerkt in dieser Hinsicht, „dass er früher keinen besondern Gefallen am Umgange mit Personen aus niedern

Ständen gehabt, auch sonst mit solchen Personen nicht verkehrt habe, ausser in der letztern Zeit in Ribnitz, wo er als junger Kaufmann der Nahrung halber sich auch mit solchen Personen habe befreunden müssen.“ — In diesem Zirkel war seither Suhr offenbar der Tonangeber gewesen, und mochte daher leicht durch das Hinzutreten Kühns, der auf den Charakter eines gebildeten Mannes, so wie eines muntern und angenehmen Gesellschafters, der gut zu erzählen wusste, auch viele geschichtliche Kenntnisse bewies, wohl in einem höhern Grade, als Suhr, Anspruch machte, und diesen in seiner hervorragenden Stellung gefährden konnte, dazu verleitet werden, den Kühn zum Stichblatt seines Witzes zu machen, und ihn vor den Genossen hochfahrend, ja selbst brutal zu behandeln. Inquisit führt in dieser Beziehung Folgendes an: „Er erinnere sich nicht, dass man ihn sonst jemals *zum Besten* gehabt, ihn zum Stichblatt des Witzes gebraucht, oder ihm zu seiner Verhöhnung Spitznamen beigelegt habe; aber in Ribnitz *in einem gewissen Zirkel* einiger etwas wüst lebender Menschen sey dies wohl vorgekommen.“ — Diese, in den Verhältnissen des erwähnten Zirkels tief begründeten Differenzen treten uns nun in bestimmten Umrissen entgegen an einem Abende im October 1834, wo der Goldschmid *Suhr* nebst dem Tischler Ältesten *Beu*, dem Klostermüller *Kriegesheim* und dem Glasermeister *Grönlandt* sich in der von Kühn für gute Freunde eingerichteten Trinkstube einfanden, sich Rum vorsetzen liessen und nach einigen Stunden wüsten Tobens auch Grogh bestellten. Kühn, der zur Bereitung des Groghs die Stube verlassen hat, sieht, zurückkehrend, dass Suhr die Rumflasche wieder bei

Seite setzt und bemerkt, dass die Flasche fast völlig ausgeleert ist. Auch nimmt er wahr, dass die Gesellschaft ihn von Zeit zu Zeit aus dem Zimmer zu entfernen sucht, und entnimmt aus dem ganzen Betragen dieser Männer, dass sie ihn chikaniren wollen. Suhr stellt sich betrunken und gebehrdet sich so, als wolle er in der Stube sein Wasser lassen; worauf Kühn ihm sagt, er möge nicht so dummes Zeug machen, zugleich für sich bemerkend, dass Suhr wirklich nicht betrunken sey. Wie Kühn endlich um 2 Uhr des Nachts die Gesellschaft zum NachHause gehen auffordert, reisst er zugleich das Verzeichniss seiner Liqueure von seiner Thür ab und wirft es hin, worauf die Gäste sich alsbald entfernen. Nur durch jene Handlung, wodurch er den Charakter der Schenkstube zu vernichten und für die Zukunft die Einkehr dieser Gäste zu verbitten schien, zeigte Kühn den innern Ärger über das Benehmen derselben. Im Übrigen aber hielt er an sich, schlich jedoch, nach seiner eignen Angabe, *den weggegangenen Gästen nach, um zu hören, wie sie sich über ihn äusserten.*

Erwägt man nun die Gemüthsstimmung, in welche Kühn bei seiner Individualität durch die besonders von *Suhr* erlittenen Kränkungen gerathen musste, von dem er selbst später äusserte, dass die Beleidigungen von diesem, als einem gebildeten Manne, ihm doppelt schmerzlich gewesen seyen: so ergibt sich von selbst, dass die Reihe *neuer* Kränkungen und Beleidigungen, welche ihm nach seinem Dafürhalten, worauf es hier allein ankommt, auch später noch besonders von Suhr zugefügt wurden, die feindliche leidenschaftliche Stimmung gegen diesen immer mehr in ihm anregen und erhöhen musste. „In der

nächsten Zeit darauf,“ gibt Kühn an, „erfuhr ich aber, dass Suhr und seine Consorten geäussert, *sie hätten mich an jenem Abende betrunken gemacht, und unter den Tisch urinirt.* Ich hatte zwar Rum getrunken, war aber keineswegs berauscht. Ob meine Gäste wirklich unter den Tisch urinirt haben, weiss ich zwar nicht mit Gewissheit, glaube es aber fast, weil es in meinem Zimmer auf dem Fussboden sehr nass war und *weil Suhr et Consorten sich dessen mehrfach verrühmt haben.* Ich habe indessen, *wenn ich darnach gefragt ward*, die Wahrheit dieser Unanständigkeit immer in Abrede genommen.“ — Diese auf seine Beschimpfung abgesehenen, von Suhr angeblich im Publico geführten Reden mussten natürlich in Verbindung mit dem dringenden Verdachte, dass seine Gäste wirklich, wie sie sich dessen rühmten, in seiner Stube urinirt hätten, die Verbitterung des Kühn gegen Suhr nicht wenig steigern, und völlig begreiflich ist es, wenn Inquisit äussert, dass seit jenem Abende ein gespanntes Verhältniss zwischen ihm und den genannten vier Gästen bestanden habe, so dass er nicht wieder mit ihnen zusammengekommen sey. Kühn äusserte sich auch gegen einen Freund Suhr's, den Glaser *Lindenberg*, von dem er erfuhr, dass jene Männer auf ihn zürnten, *dass er ihnen die Thür zeigen werde, wenn sie wieder zu ihm kämen.* Ob die fraglichen Unanständigkeiten übrigens wirklich an jenem Abende vorgekommen sind, oder nicht, ist gleichgültig; da es hier bloss auf das Dafürhalten des Kühn ankommen kann. Dass Inquisit aber auch selbst *nach* den von Suhr ihm gemachten Eröffnungen am 22. Nov., wornach die Nässe vom vergossenen Rum her-

gerührt, bei seiner frühern Überzeugung geblieben sey, beweist schon die eben angezogene Deposition vor dem Grossherzogl. Crim. Collegium.

Insbesondere wurde nun aber das Verhältniss zwischen Kühn und Suhr noch dadurch gespannter, dass Kühn seit jenem Abende einen ordinairen, aus seinem Laden geholten Pfeifenkopf vermisste, welchen, nach der Aussage des Tischlers *Beu*, *Suhr* absichtlich oder unabsichtlich mitgenommen hatte, den Kühn jedoch, wiewohl vergeblich, vom Müller *Kriegesheim* nach 14 Tagen zurückforderte. In Folge dessen setzte Kühn eine ZeitungsAnnonce auf, welche er dem Freunde Suhrs, dem Glaser *Lindenberg* absichtlich zeigte. Dieser gab dem Suhr und Beu davon Nachricht und *Suhr* sandte hierauf den Pfeifenkopf, mit einem *Knochen* und einer *Käserinde* verpackt, wahrscheinlich eine Anspielung auf die wenig bemittelte Lage des Kühn, demselben zurück, jedoch in Begleitung eines mit den Anfangsbuchstaben der vier oben genannten Personen unterschriebenen Briefes, hinsichtlich dessen Suhr selbst an Beu berichtete, dass er einen *Mordbrief* an Kühn geschrieben habe. Erwägt man den Inhalt dieses Schreibens, so wie dass Kühn den Verfasser desselben nicht nur ahndete, sondern auch bald vom Bauer *Troye* von *Dänschenburg* erfuhr, dass es *Suhr's* Hand sey, imgleichen *dass dies nämliche Schreiben vom Gerichte am Morgen nach der That und nach der Flucht des Kühn offen in dessen Stubenfenster liegend gefunden ward*, höchst wahrscheinlich entweder absichtlich von Kühn dahin gelegt, um auf den Brief als eines der Motive seiner That aufmerksam zu machen, oder weil Kühn vor der Ausführung seiner That sich durch

die wiederholte Lectüre desselben gestählt hatte; so ergibt sich von selbst, wie sehr derselbe im Zusammenhalt der übrigen Umstände Kühn aufs Tiefste beleidigte, und wie diese Beleidigung um so verderblicher im Innern fortwirken musste, als Kühn keine Gelegenheit hatte, seinem Unmuth durch Wort oder That Luft zu machen. Es lautete aber dieses Schreiben:

„*Wenn Sie in ihrer Besoffenheit nicht wissen, was sie machen und angeben*, können wir gewiss nicht unter leiden und werden Ihnen näher zur Antwort kommen lassen. — Das Zeitungsetzen bangt uns nicht. *Denn da sind sie kein Mann darnach*, dieses zu können *viel zu dumm*. Übrigens sind noch mehrere Beleidigungen vorgefallen, *welches von der Gesellschaft auf mich gewälzt. Sie sollen sich rechtfertigen, stehe ihnen dafür.*"

Den Anfang der gedrohten thätlichen Feindseligkeiten glaubte nun Kühn darin zu erblicken, dass mit Ziegelsteinen zwei Fensterscheiben in seinem Wohnzimmer eingeworfen wurden, welches er dem *Suhr* und seinen Genossen zuschrieb und welches ihn veranlasste, gegen seinen Nachbar *Melms* sich dahin zu äussern, dass er befürchten müsse, von jenen Menschen einmal in seinem Hause gemisshandelt zu werden und dass er ihn daher bäte, ihm in einem solchen Falle beizustehen. Diese Handlung, welche Kühn anscheinend zur Selbstvertheidigung aufforderte, scheint seinen Gedanken zuerst eine bestimmtere Richtung gegeben zu haben. Denn der vereidete Maurermeister *Schmidt* deponirte: Kühn habe, wie derselbe ihm die eingeworfenen Fenster mit der Bemerkung gezeigt, dass solches niemand anders, wie *Suhr* und *Beu* gethan, geäussert:

dass wenn sie ihm in seinem Hause etwa zu nahe kämen, *er ihnen mit dem Dinge (wobei er auf seine Flinte gezeigt) etwas in den Hintern bringen würde, dass ihnen die Hacken wackeln sollten.* — Auch hat die Mutter des Inquisiten angegeben, derselbe habe zu ihr gesagt, dass, wenn ihm die Menschen noch einmal wieder ins Haus kämen, *er sie todtschiessen würde.* Obschon Inquisit diess in Abrede stellt, so gibt er doch selbst zu, dass, wie seine Mutter ihm vor jener Gesellschaft einmal gewarnt und geäussert habe, sie könnten kommen und ihn in seinem eignen Hause todtschlagen, *er eine Pantomine gemacht und auf sein im Laden stehendes Gewehr hingezeigt habe,* jedoch mit dem Hinzufügen: diess werde nichts zu sagen haben. Was durch diese Äusserungen und Pantominen des Inquisiten in Betreff seiner Flinte schon wahrscheinlich wird, dass er dieselbe absichtlich habe geladen stehen lassen, wird nicht nur durch seine eigene Angabe vor dem Crim. Collegio, wornach er die Flinte seit der Mitte des Septembers geladen gehabt, sondern auch durch die beschworne Aussage des Kaufmannes *Venzmer* bestätigt, der in der ersten Hälfte des Octobers den rechten Lauf der Flinte geladen fand und diess auch von dem linken Laufe vermuthete, da beide Läufe *mit Zündhütchen* versehen gewesen seyen, was nur bei geladenen Läufen zu geschehen pflege.

Aus dem Vorgetragenen erhellt zur Genüge, wie die mit feindlichen Rachegedanken gegen seine Feinde und vornehmlich gegen Suhr erfüllte Seele des Kühn sich in dem Bewustseyn des Besitzes der geladenen Flinte, als des Werkzeuges, durch welches er jederzeit die blutigste

Rache zu nehmen im Stande sey und das Leben seiner Feinde in seiner Hand habe, nicht bloss *sicher*, sondern auch seinen Feinden furchtbar fühlte. — Doch gingen mehrere Wochen hin, ohne dass Kühn mit seinen Gegnern, namentlich mit Suhr, persönlich zusammentraf.

Am 22sten November 1834 kehrte Kühn Abends 10 Uhr von einem Besuche beim Kaufmann Ahrens zurück, bei dem er sich, nach dessen Aussage, recht aufgeräumt bewiesen, und von dem er ein merkantilisches Buch geliehen und mitgenommen hatte. Der Weg führte ihn in die Nähe des Breuhahnschen Gasthauses. Schon am 20sten November war er Abends um dieselbe Zeit, da er früher seiner Geschäfte wegen angeblich nicht abkommen konnte, auf dem Wege gewesen, *Breuhahn*, mit dem er Handelsgeschäfte abzumachen, zu besuchen, war jedoch seiner Erzählung nach, wie er bei ihm lärmende Gesellschaft vernommen, wieder zurückgekehrt. Auch diessmal wollte er bei Breuhahn einkehren, konnte sich jedoch, weil er *„Suhr et Consorten"* dort vermuthete, anfänglich nicht dazu entschliessen, bis er, nachdem er unschlüssig schon einmal umgekehrt, dennoch hinein ging. Was ihn dazu vermochte, ist nicht vollständig aufgeklärt; denn von Handelsgeschäften war später nicht die Rede. Die Vermuthung Kühns, *„Suhr et Consorten"* bei Breuhahn zu treffen, bestätigte sich, indem ausser dem Gastwirth Breuhahn und seiner ab- und zugehenden Tochter Wilhelmine dieselben Männer in der Gaststube anwesend waren, welche an dem frühern Gelage in Kühns Schenkstube Theil genommen hatten, nämlich ausser dem Goldschmid *Suhr*, der Tischler *Beu*, der Glaser *Grönlandt* und der Müller *Kriegesheim*.

Kaum war Kühn in die Gaststube eingetreten, als Suhr tanzend auf ihn eindrang, ihn gegen die Stubenthür zurücktanzte, und, nachdem er, Suhr, einen Augenblick die Stube verlassen hatte, mit der Frage zurückkehrte: *Guten Abend Christöphing! Wo kommst Du her?* — *Kriegesheim* bezeugt, dass Kühn, der, als er hereingetreten, sich im gewöhnlichen körperlichen und Gemüthsstande befunden, durch das Benehmen Suhrs gegen ihn ganz *bestürtzt* geworden sey. Kühn selbst erzählt, dass, als er beim Hereintreten seine vier Gegner gesehen, er sich freilich *etwas erschrocken,* jedoch bald wieder gefasst und guten Abend geboten habe, mit dem Hinzufügen, dass er draussen gehört, dass sie hier noch so lustig seyen, weshalb er auch etwas hereingekommen. *Suhr* aber habe sich gleich bei seinem Eintritt erhoben, sey auf ihn zugetreten, habe ihn einen *Schaafskopf* und *Esel* genannt, und auf seine, Kühns, Äusserung: „Seine Fenster habe er wieder einsetzen lassen," gefragt: Er glaube doch nicht, dass sie ihm die Fenster eingeworfen? worauf er, Kühn, erwiedert: Das wisse er nicht. An diesem Streite hätten die Übrigen keinen Antheil genommen. — Kühn liess hierauf sechs Gläser Kümmel einschenken. Suhr, dadurch nicht zufrieden gestellt, stellte Kühn nunmehr über das angeblich von ihm ausgesprengte Gerücht zur Rede, dass er, Suhr, und seine Freunde bei ihm nicht bezahlt und in seiner Stube urinirt hätten. Auf die versuchte Rechtfertigung Kühns erfolgte von Neuem die Schimpfrede: *Er sey ein Schaafskopf!* Kühn *schwieg* und *trank* mit den Übrigen den eingeschenkten Branntwein aus, er für seine Person, da Suhr mit Kriegesheim zusam-

men nur aus Einem Glase trank, zwei Gläser. Auf den Wunsch eines der Anwesenden liess Kühn noch sechs Gläser *Grogh* machen. Suhr trank auch vom Grogh mit und wurde jetzt in seinem Benehmen ruhiger, worauf die Aussage Kühn's bezogen werden muss: „Wir vertrugen uns wieder beim Grogh, den ich machen liess.“

Dem ersten Anblicke nach ist diess ganze Benehmen Kühns schwer zu enträthseln. Was veranlasste ihn, seine Gegner wenigstens nicht zu meiden, sich mit schmiegsamen versöhnlichen Worten ihnen zu nahen, den neuen Schimpf und Hohn Suhr's ruhige Fassung entgegenzusetzen, und dessen ungeachtet einen entschiedenen Schritt zur Versöhnung zu thun, und zum gemeinsamen Genusse Kümmel und Grogh zu bestellen? Drei Fälle sind möglich: entweder wurde Kühn von dem aufrichtigen Wunsche geleitet, sich mit Suhr und dessen Freunden wieder auszusöhnen, oder die inzwischen tiefer gewurzelte Rache führte ihn hin, und diese gab ihm Fassung und verstellte Freundlichkeit, oder *Kühn war, ohne Waffen in Händen, furchtsam und nur die Furcht liess ihn so handeln.* Wäre Kühn wirklich von dem Wunsche nach Aussöhnung geleitet worden, so hätte er dessen unmöglich vor Gericht hehl haben können. So aber gedenkt er eines solchen Wunsches mit keinem Worte, schiebt vielmehr ein anderes Geschäft vor, was ihn so spät Abends noch nach Breuhahn geführt habe, dessen jedoch an dem ganzen Abende nicht weiter gedacht worden ist. — Wenn dagegen die *Rache* ihn absichtlich hingeführt hätte, so ist nicht einzusehen, warum er nicht sofort unter irgend einem Vorwande seine Flinte mitbrachte, und gleich mit der Handlung be-

gann, womit er später schloss. Die Rache hat, wie oben vielfach bemerkt worden ist, ihren Zweck. Ein solcher ist aber in dem fraglichen Benehmen des Kühn nicht zu erkennen. Zwar möchte man versucht seyn anzunehmen, dass Kühn nur zu dem Ende hingegangen sey, um durch das Empfangen neuer Kränkungen und Beleidigungen von Suhr für sich einen desto genügendern Grund zur Ausführung seiner Rachepläne zu haben. Allein abgesehen davon, dass eine solche Annahme immer gesucht erscheinen würde, da sie durch keine aktenkundige Notiz unterstützt wird; so widerspricht dem auch das ganze Betragen Kühn's, da dieses offenbar mehr auf die Besänftigung, als auf die Aufreizung des Suhr gerichtet war; auch das Versöhnungstrinken mit dem, dem Tode bereits geweihten Opfer eine so arge Bosheit und Tücke bei Kühn voraussetzen würde, wie sich in seinem frühern Leben bei aller Verwilderung und Brutalität doch nirgends gezeigt hat. — Sonach bleibt nur die *dritte* Möglichkeit übrig, dass Kühn wirklich *aus Furchtsamkeit* so handelte, wie vorliegt. Zunächst möchte man hier nun freilich fragen, wie sich eine solche Annahme mit dem frühern Leben und dem seitherigen Betragen Kühns gegen Suhr und dessen Freunde vereinigen lasse? Allein das blosse heftige, aufbrausende und gereizte Wesen, welches Kühn im gewöhnlichen Leben zeigte, ist noch kein Beweis von Muth, da das Nämliche bei s. g. Poltrons oft genug vorkommt. In den referirten wichtigern LebensMomenten des Inquisiten tritt uns aber auch nichts entgegen, was auf wahren Muth hindeutet. Denn die Fassung des Kühn, sowohl dem Provisor Framm in Doberan, als der drohenden Menge in Kröpelin

gegenüber, stützte sich nicht auf die eigne Seelenkraft, sondern lediglich auf die in Händen habenden gefährlichen Waffen, dort auf den, unterm Rocke verborgenen Knittel, hier auf die mit Hageln geladene doppelläufige Flinte und das Taschenmesser. Mit diesen Waffen entfällt auch dem Kühn das Herz. In Doberan entflieht er mit der Blausäure; in Kröpelin versucht er ebenfalls, wie ihm die Flinte entrissen ist und er sich vergebens bemüht, die Flinte des Jägers Schumacher zu erhalten, verschiedentlich die Flucht. Das Andenken der in Kröpelin ihm widerfahrnen argen Misshandlungen konnte auch nicht dazu beitragen, seinen Muth zu erhöhen. Dass Kühn aber bei dieser innern Schwäche, die wir Furchtsamkeit nennen, sich doch in Doberan, von Rachegedanken geleitet, so furchtbarer Mittel, als die Blausäure ist, bemächtigen konnte, erklärt sich daraus zur Genüge, dass nach einer anerkannten psychologischen Erfahrung, wie wir sie oben aus *Schulze* angeführt haben, das Bewustseyn eigner Schwäche meistens zur grausamsten Rache führt und die schwächsten Menschen immer auch die grausamsten sind. — Erwägen wir aber das Verhältniss Kühn's zu Suhr, so musste letzterer nicht nur bei seiner überlegenen körperlichen Stärke und Persönlichkeit, sondern auch im Bunde mit seinen Trinkgenossen, und bei seinem rücksichtslosen und brutalen Betragen gegen Kühn, diesen allerdings imponiren und bei innerer Furchtsamkeit desselben ihn leicht besorgt machen. So erklärt es sich, warum an jenem OctoberAbende Kühn, der doch sonst sehr reizbar war und gegen Personen, denen er es bieten konnte, heftig aufbrauste, gegen die ihn verhöhnenden lärmenden Genossen,

und besonders gegen den Hauptanstifter, *Suhr*, ganz gelassen ist, nur durch das Herabreissen des LiqueurZettels seinen *Ärger* an den Tag legt, und, den weggehenden Gästen *nachschleichend*, noch etwas von ihrem Gespräche, was er gegen sich gerichtet glaubt, zu erhorchen hofft. Durch das Fenstereinwerfen und den Drohbrief des Suhr musste seine Furchtsamkeit, die er auch gegen seinen Nachbar Melms aussprach, neue Nahrung erhalten, nur dass seine geladene Flinte ihm wieder Muth machte, und er, vielleicht nicht unabsichtlich, auch gegen Dritte sich dessen verrühmte, seinen Feinden, wenn sie ihm ins Haus brechen würden, mit seiner Flinte so begrüssen zu wollen, *dass ihnen die Hacken wackeln sollten.* Diese versteckte Furchtsamkeit des Kühn mochte auch ein Hauptgrund seyn, weshalb er wider Gewohnheit Wochenlang die Gasthäuser vermied, wo er „*Suhr et Consorten*“ hätte antreffen können; warum er am 20sten und 22sten November auch nur um 10 *Uhr* Abends, wie er jene dort nicht mehr vermuthete, das Breuhahnsche Gasthaus besuchen wollte; warum er am 20sten umkehrte, wie er noch lärmende Gesellschaft dort vernahm; warum er auch am 22sten anfänglich wieder zurückging, weil er „*Suhr et Consorten*“ dort vermuthete. Besann er sich nun aber dennoch eines Andern, so mag dieses füglich eben deshalb geschehen seyn, weil er seiner Sache nicht gewiss war, die Anwesenheit seiner Feinde nur vermuthete, sie dort *nicht* zu treffen noch hoffen konnte. Diess bestätigt seine Äusserung: dass, als er beim Hereintreten seine vier Gegner gesehen, *er sich freilich etwas erschrocken*, jedoch bald gefasst und guten Abend geboten habe; so wie die Aussage des

Kriegesheim, dass Kühn durch das Betragen Suhr's *sehr bestürzt* worden sey. Auch sein nachfolgendes Verfahren erklärt sich einfach aus diesem erschrocknen und furchtsamen Gemüthszustande. Das verächtliche Herantanzen des Suhr, wodurch Kühn nach der Thür zurückgedrängt wird, die höhnende Frage: *Christöphing, wo kommst du her?* selbst die Schimpfworte: *Schaafskopf, Esel* u. dgl. bringen ihn, der sonst bei der kleinsten Beleidigung heftig aufbrauste, nicht aus der Fassung, veranlassen ihn nur nach *Grönlandt's* Aussage zu der demüthigen Klage, *dass es Unrecht sey, dass ihm so begegnet werde*, so wie nach der Angabe des *Breuhahn* zu der Äusserung gegen diesen, *dass er so etwas als Wirth nicht leiden müsse;* worauf *Breuhahn* auch begütigend zu ihnen getreten und ihnen zugeredet haben will, dass sie ja immer Freunde gewesen seyen und sich wieder vertragen möchten. Auch dass Kühn auf *Suhr's* Frage: *Wo er herkomme?* nicht, wie nach dem bestehenden, so höchst gespannten Verhältnisse hätte erwartet werden können, wenigstens entschieden abweisend erwiederte, dass Suhr darnach nicht zu fragen habe, oder dergl., sondern dass er vielmehr begütigend und verbindlich antwortete, dass er um der Gesellschaft willen hereingekommen sey, beweist, da diese Antwort, den eigenen Aussagen Kühn's zufolge, eine Unwahrheit enthielt, ebenmässig seine Furcht. Auch bei den fernern Vorwürfen Suhr's wagt er nicht heftig aufzubrausen. Nur die Äusserung wirft er hin, dass er seine Fenster wieder habe einsetzen lassen; also auch hier sich nicht zu einem directen Vorwurfe erkühnend. — Er bestellt sechs Gläser Kümmel, ja, wie dieser nicht recht zu munden

scheint, sechs Gläser Grogh, gewiss nicht, um allen Groll im Herzen gegen Suhr und dessen Freunde von nun an völlig aufzugeben, wozu das Betragen Suhr's ihn wahrlich nicht innerlich auffordern konnte; sondern um sich, da er hier *wehrlos* seinen *vier* Feinden, und besonders *Suhr* gegenüber stand, gegen Thätlichkeiten wo möglich zu sichern. Diess bestätigt denn auch seine Aussage, *dass er sich bald wieder fortgesehnt habe, da es ihm unheimlich gewesen sey.*

Auch das spätere Betragen Kühn's, nach der scheinbaren Versöhnung beim Grogh, erklärt sich sich nur durch die Furcht desselben. *Kriegesheim* erzählt nämlich, dass Suhr, während vom Grogh getrunken, seine, des Kriegesheim's, Mütze, Kühn ein dem Breuhahn gehöriges schwarzes Käppchen und *darüber seine eigene Mütze* aufgesetzt und Beide sich die Mützen wechselsweise zur nicht geringen Belustigung der Anwesenden vom Kopfe geschlagen hätten. Kühn stellt dieses in Abrede; Breuhahn berichtet, dass ihm davon nach seinem Wiedereintritt in die Stube, erzählt worden sey. Übrigens erklärt sich auch dieser Umstand aus einer andern nicht unwichtigen Notiz des *Kriegesheim*, dass *Suhr* den Kühn in Gesellschaften gewöhnlich zum Besten gehabt, ihn *Christöphing* genannt, und seinen Scherz mit ihm getrieben habe. Dass Kühn sich auch jetzt wieder solche Neckereien von Suhr gefallen liess, zeigt nur, wie wenig er seine reizbare Empfindlichkeit und aufbrausende Heftigkeit gegen Suhr geltend zu machen wagte, und wie er froh war, anscheinend so leichten Kaufes davon zn kommen. Allein bald fing *Suhr* von Neuem an, dem Kühn Vorhaltungen über die frühern Vorgänge zu machen, ja fasste den Kühn in den Rockkragen,

ihn fragend, ob sie ihm nicht bezahlt hätten? Kühn verlor auch hiebei seine Fassung nicht, erwiedernd: was sie erhalten, hätten sie bezahlt. Suhr gab darauf zurück: Das sey schon eine andere Rede, *sah hierbei die übrige Gesellschaft an und lachte laut auf,* offenbar die *friedlichen* Erklärungen des Kühn der *Furcht* desselben beimessend. Kühn aber verwies ihm nur diese Reden, als im Wirthshause unpassend und forderte ihn auf, wenn er von ihm etwas wolle, *mit nach seinem Hause zu kommen.* Suhr erklärte, gleich mit ihm gehen zu wollen; Kühn nahm diess an, und Beide entfernten sich bis an die Hausthür, wobei Suhr den Kühn angefasst hatte, ihn stets fragend: *was er ihm denn wolle?* Von Kriegesheim auf das Verlangen Breuhahn's zurückgeholt und den Kühn am Arme festhaltend, wiederholte Suhr die früheren Fragen: *was Kühn denn eigentlich in seinem Hause von ihm wolle?* zugleich bemerkend: *Etwas fechten könne er auch.* Aus diesen wiederholten Fragen und Äusserungen des Suhr erhellt, dass ihm die Aufforderung des Kühn, ihn nach seinem Hause zu begleiten, auffallend gewesen war, und wir können nicht umhin anzunehmen, dass diese Aufforderung Kühn's in genauem Zusammenhange mit dem Bewustseyn stand, *in seinem Hause, im Besitze seiner Flinte, Suhr nicht fürchten zu dürfen.* — *Kriegesheim* deponirt über diesen Vorgang: „Demnächst gingen Suhr und Kühn im Zimmer auf und nieder und ich hörte, dass gesagt wurde: *„Wir haben noch etwas abzumachen!“* Wer diess aber von Beiden sprach, kann ich nicht sagen. Suhr erklärte, sie wollten es hier abmachen; Kühn aber äusserte: *Er solle mit nach*

seinem Hause kommen; sie wollten es da abmachen. Was sie abmachen wollten, weiss ich nicht. Suhr erwiederte: „*Nun das kann ich auch thun;*“ worauf sie Beide hinausgingen. *Vor der Hausthür hatten sie einen starken Wortwechsel,* weshalb ich auf Breuhahn's Einladung hinausging, und sie bewog, vom Zank abzulassen und wieder hereinzukommen. Diess thaten sie denn auch, *worauf zwischen Beiden die Rede aufs Fechten kam.*“

Ein neues Spiel zwischen Suhr und Kühn glaubten die Anwesenden zu sehen, wie sich Beide zum Fechten mit den Händen hinstellten. Der Glaser *Grönlandt* gibt an, dass nach dem getrunkenen Grogh Kühn den Suhr aufgefordert habe, sich mit ihm zu fechten, und dass dieses Fechten mit den Händen *als ein Scherz* begonnen sey. Beu und Breuhahn wissen nicht, wer angefangen. Ersterer fügt hinzu: *Er habe geglaubt, dass es Scherz gewesen sey.* Ganz anders berichtet aber Kühn selbst, dessen Aussagen in diesen Beziehungen völlig glaubwürdig sind. Wie schon oben angeführt worden ist, wiederholte Suhr, Kühn's Aussage zufolge, bei seiner Rückkehr in die Stube mit Kühn, die an diesen gerichtete Frage: Was er, Kühn, denn eigentlich in seinem Hause von ihm wolle? und indem er denselben bei dieser Gelegenheit etwas von sich abschob, sagte er: „*Etwas fechten könne er auch!*“ Nach dem ganzen vorhergehenden Auftritte konnte in dem nun beginnenden Fechten, ungeachtet Kühn in seiner frühern, weit allgemeiner gehaltenen Aussage vor dem Stadtgerichte desselben so gedenkt, als wenn es sich um einen blossen Scherz gehandelt habe, ein solcher weder von Seiten des Suhr, noch des

Kühn angenommen werden. Kühn musste allerdings befürchten, dass der Augenblick, den er bis dahin möglichst zu vermeiden gesucht hatte, nämlich der Ausbruch von Thätlichkeiten, nun unvermeidlich gekommen sey. Erwägt man zugleich das frühere anonyme Schreiben des Suhr, namentlich die Worte: „Übrigens sind noch mehrere Beleidigungen vorgefallen, *welches von der Gesellschaft auf mich gewälzt. Sie sollen sich rechtfertigen, stehe ihnen dafür;*“ so begreift man, wie Suhr sich berufen hielt, den Kühn nicht nur auf die vorgedachte Weise bei der ersten sich darbietenden Gelegenheit zur Rechenschaft zu ziehen, sondern wie er sich auch in seinem Übermuthe gedrungen fühlte, vollends nachdem Kühn ihn durch seine Aufforderung, in sein Haus zu kommen, wenn er etwas von ihm wolle, gleichsam herausgefordert hatte, dem Kühn eine derbe Lection zu geben und damit den seitherigen wörtlichen Vorhaltungen und Verhöhnungen ein Ende zu machen. Kühn fährt in seiner Erzählung dieses Vorganges fort: „In dieser Stellung machte Suhr mehrere Bewegungen mit der Hand, denen ich durch Vorhalten des Armes auswich; *mittlerweile hatte er aber die Faust geballt, und schlug mich damit dergestalt ins Gesicht, dass mir die Nase blutete.*“ Im articulirten Verhöre deponirte Kühn hiermit im Wesentlichen übereinstimmend: „Suhr fing mit der Hand gegen mich zu fechten an und ich parirte seine Handbewegungen ebenfalls mit der Hand ab; da schlug er mich ins Gesicht.“ — Der Tischler *Beu* sagt über den Vorgang Folgendes aus: „Nun begannen Kühn und Suhr mit den Händen zu fechten — und hatten diess kaum einige Augenblicke fortgesetzt, *als ich*

einen recht hellklingenden Schlag vernahm. Ich selbst bemerkte so wenig, wer diesen Schlag erhalten, als wohin derselbe gefallen, hörte aber von den übrigen Anwesenden, dass Kühn denselben von dem Suhr erhalten. Ob dieser Schlag auch ein Scherz seyn sollte, vermag ich nicht zu bestimmen. Dem scheint zu widersprechen, dass Suhr und Kühn wohl schon einen *Groll* auf einander hatten." Der Glaser *Grönlandt* deponirt: „Das Fechten hatte nur einen Augenblick gewährt, als Suhr dem Kühn *einen ordentlichen Backenstreich versetzte;* ich weiss nicht, ob diess auch noch Scherz seyn sollte." Später fügt er hinzu, dass ihm die Nase des Kühn zu bluten geschienen habe. Auch *Breuhahn* sagt aus, dass Suhr nach kurzer Zeit dem Kühn *einen tüchtigen Backenstreich versetzt habe.* Der Müller *Kriegesheim* gibt an, dass Suhr dem Kühn *eine tüchtige Ohrfeige gegeben, so dass dem Letztern das Blut aus der Nase gelaufen sey.* Auch äussert er, *dass Suhr bei dem Backenstreich gewiss die Absicht gehabt, dem Kühn wehe zu thun.* Kühn, der nach Empfang dieses schmerzlichen und schimpflichen Faustschlages in's Gesicht nach Aussagen der Zeugen und nach seiner eigenen Angabe vor dem Stadtgerichte nunmehr *auf den Suhr einsprang,* wurde von diesem nicht nur ins Fenster gedrückt, sondern auch in der Art *zu Boden geworfen,* dass Suhr auf ihn zu liegen kam; worin alle Zeugenaussagen übereinstimmen. Kühn sagt hierüber vor dem CriminalCollegium aus: „Ich stiess den Suhr nur etwas zurück: er sprang aber gleich wieder auf mich ein, hob mich etwas in die Höhe, und fuhr so mit mir gegen das Fenster, wovon eine Glasscheibe entzwei ging: *hier-*

auf warf er mich auf die Erde. Ich kam auf den Rücken zu liegen, und Suhr stand über mir. *Er machte auch Miene mich zu schlagen,* und wollte sich auf mich werfen; diess verhinderte ich aber dadurch, dass ich mit den Füssen nach ihm stiess. *Einer der Anwesenden trat jetzt dazwischen,* und verhinderte weitere Thätlichkeiten.“ Der Müller *Kriegesheim* deponirt: „Suhr lag auf Kühn, wobei Letzterer dem Ersteren in die Haare gefasst hatte. Suhr fragte Kühn: Ist es Dein Ernst? und dieser erwiederte *Ja!* Suhr fragte weiter: Willst Du mich nicht loslassen? worauf Kühn zur Antwort gab: *Nein!* Nun sprang ich und Breuhahn zu, worauf Kühn den Suhr losliess, und Beide sich erhoben.“ Beleidigende Worte wurden, wie *Breuhahn* ausdrücklich bemerkt, während der Thätlichkeiten so wenig von Suhr, als von Kühn gesprochen.

Bleiben wir nun hier einige Augenblicke stehen, und fragen, welchen Eindruck der empfangene Faustschlag, das ZurErdeGeworfenwerden, die Drohung fernerer Schläge, der mit Allem Dem verbundene Schimpf und körperliche Schmerz auf das Gemüth des Kühn machen musste; so ist es zunächst einleuchtend, dass diese letzten Vorgänge nicht vereinzelt für sich, sondern nur in Verbindung mit Allem, was so wohl an demselben Abende, als bereits früher zwischen Kühn und Suhr vorgefallen, aufzufassen sind. Der Defensor des Inquisiten sucht freilich diesen Zusammenhang durch die Annahme abzuschneiden, dass Kühn gleich bei seinem Eintritt in die Gesellschaft allen alten Groll vergessen, die Aussöhnung mit seinen Gegnern gewünscht, und, von dieser grossen Friedensliebe durchdrungen, alle Beschimpfungen, Vorhaltun-

gen und Neckereien des Suhr, seines heftigen und reizbaren Temperamentes ungeachtet, mit fast wunderbarer Ruhe und Gelassenheit hingenommen habe. Allein wir haben schon oben gezeigt, dass einer solchen Annahme durchaus aller fester Grund mangele, und das seitherige Betragen des Kühn an dem fraglichen Abende, wenn auch nicht dem bereits ausgebildeten Racheplan, doch der *Furcht* desselben vor thätlichen Angriffen und Misshandlungen von Seiten Suhr's und seiner Freunde zugeschreiben werden müsse. Zwar hatte auch Suhr von dem von Kühn bestellten Kümmel und Grogh getrunken und die Versöhnung schien geschlossen, vollends wie Kühn sich wieder die alten übermüthigen Scherze Suhr's gefallen liess; so dass diess ehemalige, Wochenlang unterbrochene Verhältniss wieder hergestellt zu seyn schien. Allein die Versöhnung war, wie so oft, nur scheinbar, durch die Umstände geboten und weder in der Gesinnung Kühn's, noch Suhr's irgend begründet. Hass und Groll hatten zu tiefe Wurzeln in die Seele des Kühn geschlagen, das ganze Verfahren Suhr's seit dem Eintreten Kühn's war zu wenig geeignet gewesen, diesen Hass und Groll zu besänftigen, als dass ein Vergessen der frühern Vorgänge von Seiten Kühn's bei seiner Individualität so leicht möglich gewesen wäre. Demnach können wir nur annehmen, dass alles, was Kühn namentlich von jenem OctoberAbende an von Suhr erduldet hatte, unvergessen vor seiner Seele stand, dass imgleichen jede neue Verhöhnung und Beschimpfung an dem jetzt in Frage stehenden NovemberAbende von Kühn um so mehr empfunden und auf das alte SündenRegister Suhr's eingetragen wurde, als er aus Rücksichten auf

seine persönliche Sicherheit, oder mit andern Worten, aus feiger Furcht, äusserlich den Friedfertigen und Versöhnlichen spielen musste. Dass aber ein verhehlter Groll und ein verbissner Ingrimm bei furchtsamen Seelen innerlich weit zerstörender auf die Seelengesundheit wirkt, als der jähe Ausbruch des Zornes muthiger Seelen, wird durch die Erfahrung hinreichend bestätigt. Während der Defensor, nach seiner Hypothese von der aufrichtigen versöhnlichen Gesinnung Kühn's, nicht umhin kann, nun mit Sicherheit den Ausbruch des schrecklichsten Jähzornes anzukündigen, können wir im Voraus eben so entschieden annehmen, dass sich bei Kühn *kein solcher Jähzorn* offenbaren werde, dass er vielmehr auf eine körperliche Misshandlung durch Suhr bei seiner Furchtsamkeit zu lange vorbereitet war, als dass der endliche Eintritt derselben ihn ganz unerwartet kommen, und ihn um alle Fassung bringen konnte, dass auch seine Seele bereits zu lange Groll und Hass gegen Suhr gehegt hatte, und diese Gefühle im Verlauf des Abends bereits zu sehr gesteigert waren, als dass sie sich in einem ohnmächtigen Zorne hätten erschöpfen können. Möchte auch der blosse Affect, der Impetus doloris noch in so weit seine Herrschaft geltend machen, dass Kühn nach dem Empfang des Faustschlages unwillkührlich auf Suhr einsprang, und, von ihm auf den Boden geworfen, ihn am Haare oder einem Theile seiner Kleidung festhielt und die Loslassung verweigerte, den Ernst mit einem Ja! bezeugte; so war doch zu erwarten, dass eine Besonnenheit, eine Ratiocinatio diabolischer Art bald diese augenblickliche Aufwallung niederkämpfen würde. Denn aus dem seitherigen Groll und Hass Kühn's

auf der einen, der schmachvollen brutalen Behandlung durch Suhr auf der andern Seite hatte sich nunmehr in Jenem *die Leidenschaft der Rache* erzeugt und sich der Seele des Kühn bemächtigt. Der weitere *Verfolg* muss zeigen, ob diese, aus der sorgfältigen psychologischen Betrachtung hervorgegangene Annahme, oder die des Defensors die richtige sey. Dieser führt Folgendes aus:

„Dass nunmehr die bis zu den gröbsten Misshandlungen getriebene Verletzung der Persönlichkeit bei dem Defendenden *alle lange zurückgehaltene Heftigkeit seines Temperamentes mit einem Male in Bewegung gesetzt, den Sturm seiner Gefühle plötzlih entfesselt habe,* das kann unmöglich Wunder nehmen, wenn man nicht aufhören will, in Kühn den Mann und Menschen zu sehen, der mit dem Gefühl für Recht und Unrecht das der Ehre und des Schimpfes in einem hohen Grade und in einer gefährlichen Mischung von aufwallendem Naturell verband. — Kühn, der sich gegen das Ende der Untersuchung immer mehr der Gefahr bewusst wird, welche diese Umstände der Glaubhaftigkeit seiner Hypothese drohen, als habe er nur scherzend durch den Knall des Zündhütchens erschrecken wollen, vermag dennoch im articulirten Verhöre nicht zu bestreiten, dass er sich durch Suhr's Thätlichkeiten beleidigt, ja gemisshandelt gefühlt und geachtet habe. Diese Geständnisse werden nicht durch die sichtliche Unwahrheit geschwächt, mit welcher er behauptet, er habe in dem berauschten Zustande, worin er gewesen, die Beleidi-

gungen durch Suhr gar nicht so tief empfunden, dass er dadurch erzürnt geworden sey.“

Allein wenn wir uns nun nach dem, vom Defensor angekündigten *Ausbruche des Sturmes der plötzlich entfesselten Gefühle*, nach der *mit einem Male in Bewegung gesetzten lange zurückgehaltenen Heftigkeit des Temperamentes* umsehen, und darnach allerdings glauben möchten, dass Kühn, im furchtbaren Jähzorne, wie ein Tiger auf seine Beute losgestürzt sey, ihn gewürgt, oder mit dem ersten besten Gegenstande tödtlich getroffen, und sich an das Opfer seines gewaltigen Zornes nöthigenfalls mit den Zähnen festgeklammert habe, — so finden wir von allem dem für den Augenblick *nichts.*

Kühn erzählt selbst vor dem Crim. Coll. den weitern Verlauf in nachfolgender Art:

„Als ich wieder aufgestanden war, nahm ich das vom Kaufmann Ahrens geliehene und mit dorthin gebrachte Buch und fragte Breuhahn: was ich schuldig sey? Er entgegnete: mit dem zerbrochenen Fenster mache es eine nahmhafte Summe, die mir entfallen ist; doch hatte ich nicht so viel Geld bei mir, sondern legte ihm auf Abschlag eine nicht mehr erinnerliche Summe hin, mit dem Versprechen, das Übrige nachzahlen zu wollen. Einer der Gesellschaft, ich weiss aber nicht wer, rieth dem Wirth wiederholt zu, mich nicht gehen zu lassen, ehe ich Alles bezahlt hätte. Breuhahn sagte aber: wenn ich verspräche, alles, auch das Fenster zu bezahlen, so sey er zufrieden. Ich entfernte mich jetzt, und habe nur im Weggehen Suhr's Äusserung vernommen, welche

ungefähr diess enthielt: *So werde mit Leuten meines Gleichen umgegangen! Er sprach diess in einem frohlockenden Tone.*“

Hiermit stimmen die Aussagen der Zeugen im Wesentlichen überein. Breuhahn und Grönlandt bemerken noch, dass Letzterer gefragt habe, wer die Fensterscheibe bezahlen würde, worauf Kühn erklärt, dass er sie bezahlen werde; hierauf habe er sich „*mit zorniger Miene*,“ und „*recht so böse aussehend*,“ entfernt. Die kleinen Neckereien der Übrigen am Schlusse machten auf Kühn unstreitig keinen besondern Eindruck, wie der Defensor meint, der auch diese Beleidigungen jetzt sorgfältig in Erwägung zieht, um die Nothwendigkeit des endlichen Ausbruches des Jähzornes darzuthun; aber diesen sofortigen Ausbruch selber kann auch Er nicht nachweisen. Derselbe Kühn, der sich seither feig und furchtsam bewiesen hatte, antwortete jetzt ruhig und gefasst mit keinem Worte, nur mit einer bösen Miene drohend, *das Frohlocken Suhr's* als letzte Erinnerung mit sich nehmend. —

Die ruhige und gefasste Weise, wie der arg beschimpfte und gemisshandelte Kühn das Breuhahnsche Gastzimmer verliess, die böse Miene, der zornige Blick, den er nicht verhehlte, liessen mit Recht befürchten, dass Kühn etwas Böses in Gedanken führe, den Entschluss sich zu rächen bereits gefasst habe. — Dass Kühn seinen Weg nach seinem Hause nehmen, dass seine dort seit Wochen schon geladen gestandene Flinte nunmehr alle seine Gedanken auf sich ziehen werde, war schon im Voraus zu erwarten. Ob er aber sofort zur Ausführung seiner Rache schreiten, oder dieselbe noch aufschieben werde,

konnte ungewiss erscheinen. Zufällige Nebenumstände konnten hier entscheiden. In dieser Hinsicht ist es allerdings nicht unwichtig, dass Breuhahn bald nach dem Weggehen Kühn's, aus Sorge über dessen, Böses weissagenden Blick, den Tischler Beu veranlasste, von Kühn, der wohl noch nicht zu Bette gegangen seyn werde, für 1 ß. SchnupfToback zu holen. Wenigstens erzählte Kühn nach seiner Gefangennehmung dem Gensdarmen Reese, wie dieser eidlich deponirt hat, dass er sich zu Hause schon habe zu Bette legen wollen, als *Beu* gekommen, *und die Grillen wieder aufgestiegen seyen, und er nach Jagdtasche und Gewehr gelangt habe.*

Inquisit gibt im articulirten Verhöre ebenfalls an: „Ich wollte zu Hause gehen und mich zu Bette legen. Ich ging nach meinem Wohnhause, begab mich zuerst nach dem Hofe, sah' nach den Ställen, und besuchte auch die Commodité. Als ich vom Hofe zurückkam, fand sich der Tischler *Beu* vor meinem Laden ein und kaufte für 1 ß. SchnupfTobak. Sonst habe ich zu Hause nichts gemacht, als dass ich ein Glas Rum trank." In einem frühern Verhöre bemerkte er ausdrücklich, dass das Geschäft mit Beu *stillschweigend* abgemacht worden sey. Auch Beu gibt an, dass Kühn auf seine Ausserung: „Sie seyen ja gute Freunde; was er mit Suhr gehabt, gehe ihn, Beu, nichts an," keine Silbe geantwortet habe. Im articulirten Verhöre sagt Kühn ferner aus, dass er etwa ¼ Stunde nach seiner Zuhausekunft wieder nach Breuhahn's Hause zu gegangen sey; da er dort aber Jemanden vor der Thür stehen gesehen, so sey er noch etwas auf dem Kirchhofe nach dem Spritzenhause zu gegangen, weil er geglaubt,

die Gesellschaft sey jetzt im Begriffe fortzugehen. Hiermit stimmt Breuhahn's Aussage überein, der, von seiner Sorge getrieben, vor die Hausthür ging, und *um* 11 *Uhr* einen Menschen bemerkte, den er Anfangs für den Nachtwächter angesehen und deshalb nach der Zeit gefragt, wie derselbe aber nicht antwortete und wegschlich, für Kühn gehalten habe. Erwägt man nun, dass Kühn gegen 11 Uhr die Breuhahnsche Gaststube verliess, dass ungefähr 2 Stunden später gegen 1 Uhr der unglückliche Schuss fiel, so erhellt daraus, wie aus den anderweitigen Aussagen Kühn's, dass er gegen 1 $\frac{3}{4}$ Stunden auf dem Kirchhofe und um und in dem Hause des Breuhahn umhergeschlichen ist, und nach Jägerart unermüdlich auf seine Beute gelauert hat. Diese nach der Annahme aller neuern Criminalisten in Fällen der vorliegenden Art nicht unwichtige Dauer der Zwischenzeit zwischen der erlitt'nen Beleidigung und der absichtlichen Tödtung des Gegners ergibt sich mit völliger Gewissheit aus folgenden Angaben:

Inquisit selbst weiss über die Zeit seines Wegganges aus dem Breuhahnschen Hause nichts mit Bestimmtheit anzugeben, hält jedoch dafür, dass es *später als* 11 *Uhr* gewesen sey. Wenn er jedoch im articulirten Verhöre angibt, dass es *wohl* 12 *Uhr* gewesen sey, so ist hierauf nichts zu geben, weil er im frühern Verhöre angibt, auf welche unzuverlässige Weise er diese Zeit berechne, nämlich davon ausgehend, dass er, wie er gehört, noch um 2 Uhr in Ribnitz gewesen sey, und hiernach es 12 Uhr gewesen seyn müsse, wie er fortgegangen. Kühn ist aber aktenkundig noch nach 3 Uhr in Ribnitz gewesen. Auch sagen die Zeugen aus, und zwar zunächst der Müller Kriegesheim: „Es war gut

11 Uhr, als Kühn wegging, und *etwa zwei Stunden später* gegen 1 Uhr that Kühn den Schuss auf Suhr;“ der Gastwirth Breuhahn, welcher *um 11 Uhr* Kühn auf dem Kirchhofe erblickt zu haben glaubt: „Genau weiss ich die Zeit nicht; es war aber noch nicht 11 Uhr. Es waren hierauf *gewiss 2 Stunden* verstrichen, als Kühn den Schuss auf Suhr vollführte;“ der Tischler Beu: „Es war damals um 11 Uhr und 2 *Stunden darauf* fiel der Schuss;“ der Glaser Grönlandt: „Es war gegen 11 Uhr und 2 Stunden darauf vollführte er den Schuss gegen Suhr.“ Noch ist zu bemerken, dass der Pastor Fromm in Ribnitz, der in der Nachbarschaft von Breuhahn wohnt, um 1¼ Uhr den Schuss deutlich gehört haben will. Erwägt man diese Aussagen, insbesondere die übereinstimmende Deposition von Breuhahn, Beu und Grönlandt, dass *zwei Stunden* nach dem Weggange des Kühn der Schuss gefallen sey, so ist man genöthigt, da es hier auf ganz genaue Zeitbestimmung überall nicht ankommen kann, anzunehmen, dass die Zwischenzeit zwischen dem Weggehen des Kühn und dem Schusse mindestens *etwa Zwei Stunden* gedauert habe; wobei auch nicht ganz unbeachtet bleiben darf, dass die Zeit zwischen dem Schusse und der erlitt'nen gröbsten Beleidigung, nämlich dem Schlage, nicht ganz unbeträchtlich länger berechnet werden muss. —

Was nun aber die weitere Verfolgung der Begebenheit und die Geschichte der eigentlichen That betrifft, so weichen die frühern und spätern Angaben des Inquisiten bedeutend von einander ab. Während er Anfangs die absichtliche Tödtung eingesteht, stellt er später dieselbe beharr-

lich in Abrede; weshalb eine sorgfältige Prüfung dieses Widerrufes nothwendig wird.

Von dem Grossherzogl. Stadtrichter in Gegenwart des GerichtsActuars und der beiden Gensdarmen *Schulz* und *Reese* befragt, ob er wisse, warum er verhaftet sey, erwiederte Inquisit:

„Wegen meiner an *Suhr* verübten That. Ich ward aber von diesem in dem Breuhahnschen Hause hiezu gereizt, indem er mich misshandelte. Ich ging nach meinem Hause, *nahm meine Flinte, die noch geladen da stand,* kehrte nach dem Breuhahnschen Hause zurück, öffnete die Stubenthür *und schoss auf den der Stubenthür gegenübersitzenden Goldschmid Suhr.* Die Flinte war mit Hagel geladen."

In dem ersten Verhöre vor dem Grossherzogl. StadtGerichte zu Ribnitz erzählte Inquisit den Vorgang wie folgt:

„Ich nahm etwas später (nachdem *Beu* sich aus meinem Laden entfernt hatte), meine Jagdflinte, *die noch geladen da stand* und ging damit nach dem Breuhahnschen Hause. Zuerst wollte ich einen *Knüppel* nehmen; diess liess ich jedoch wieder. Vor etwa 8 Wochen war ich zuletzt auf der Jagd gewesen und von daher waren noch beide Läufe meiner Flinte mit Hagel geladen. Der rechte Lauf war jedoch nicht zu schiessen, da ich vor 3 oder 4 Wochen dem Kaufmann Venzmer hieselbst den Cylinder von diesem Laufe geliehen habe. Ich trat mit dem Gewehre auf die Breuhahnsche Diele durch die etwas geöffnete Hausthür, öffnete die Thür zur Wirthsstube ein wenig, was jedoch von den darin Anwesenden nicht bemerkt wurde, und nahm wahr, dass der Goldschmid Suhr der Thür

gegenüber sass und dicht neben ihm an seiner linken Seite Breuhahn. Ich ging nun wieder zur Hausthür hinaus und holte aus meiner Westentasche ein Zündhütchen, das ich darin fand, heraus und stellte es auf den Cylinder des linken Flintenlaufes. Jetzt ging ich wieder in's Haus hinein, öffnete die Stubenthür soweit, dass ich den Flintenlauf hineinhalten konnte, und indem Jemand in der Stube rief: „Siehe da ist Kühn," drückte ich los und der Schuss fiel."

Dieses am 3ten Tage nach der That von Kühn freiwillig abgelegte Geständniss trägt im Zusammenhalt mit allem oben Entwickelten im Wesentlichen das entschiedene Gepräge der Wahrheit. Was den erwähnten Knüppel betrifft, so mag vielleicht ein Augenblick sich der Gedanke im Inquisiten geregt haben, eine minder blutige Rache zu nehmen, und den Suhr auf seinem Wege nach Hause nur mit diesem Knüppel aufzulauern und durchzuprügeln. Allein die feindlichere Stimmung behielt die Oberhand und das Gewehr ward statt dessen genommen, und damit die blutige Absicht des Kühn besiegelt. Darüber, dass die Flinte von der vor 8 Wochen unternommenen Jagd her noch geladen gewesen sey, äussert sich Inquisit im ersten Verhöre so, dass kein Zweifel darüber entstehen kann, dass er seine Wissenschaft auf die Zeit der Mitnahme der Flinte, und nicht bloss der Deposition bezogen wissen wollte. Hätte er nicht gewusst und angenommen, dass die Flinte geladen sey, so hätte, bei der damals noch nicht verhehlten Absicht, den Suhr zu erschiessen, Inquisit sich nothwendig über das Laden der Flinte äussern müssen, da es ihm, vollends als Jäger, nicht in den Sinn kommen konnte, mit einer ungeladenen

Flinte einen Mordversuch zu unternehmen, und der ungereimte Gedanke, die Gesellschaft mit dem Knall des PercussionsHütchens schrecken zu wollen, damals noch nicht von ihm vorgeschützt ward. Dass die Flinte von Kühn nicht erst von Neuem geladen wurde, sondern wirklich von der gedachten Jagd her noch geladen da stand, wird nicht nur durch die Depositionen des Venzmer, sondern auch durch die zuversichtlichen Hindeutungen Kühn's auf seine Flinte wahrscheinlich, und durch dessen Aussage, so wie durch den Erfog gewiss. Die Aussagen Kühn's über die von Suhr und Breuhahn eingenommenen Sitze in der Breuhanschen Gaststube werden auch namentlich durch die Angabe des Breuhahn bestätigt, welcher jedoch zugleich bemerkt, dass Kühn diese Wahrnehmung auch durch das nach der Vordiele hinausgehende Fenster der Gaststube hätte machen können. Derselbe führt in dieser Hinsicht an: „Dass Kühn nicht lange vor dem Schusse durch die Stubenthür in das Zimmer gesehen, habe ich nicht bemerkt. Wenn er in's Zimmer hätte sehen wollen, so hätte er diess durch das Budenfenster neben der Stubenthür thun können; wenigstens ist von dort der Platz, wo ich und Suhr sassen, sehr gut zu übersehen," welche letztere Angabe auch das Grossherzogl. StadtGericht bestätigt. Möglich erscheint es, dass Kühn bei dem zwischen diesem Vorgang und seiner Deposition liegenden Ereignisse, das Sehen durch das Fenster und durch die Thür verwechselt hat, oder dass das leise und vorsichtige Eröffnen der Thür von Seiten Kühn's von den im Gespräche begriffenen Anwesenden nicht ist vernommen worden. Frägt man, wozu dieses Hineinschleichen Kühn's in's

Haus und dieses Hineinspähen in die Stube des Breuhahn, so gibt uns schon die Fassung der oben angezogenen Deposition des Kühn, abgesehen von andern naheliegenden Umständen, den Grund an. Kühn fährt in seiner Deposition fort:

„Ich trat *mit dem Gewehre* auf die Breuhahnsche Diele durch die *etwas geöffnete* Hausthür, öffnete die Thür zur Wirthsstube *ein wenig*, was jedoch von den darin Anwesenden *nicht bemerkt wurde, und nahm wahr, dass der Goldschmid Suhr der Thür gegenüber sass*, und dicht neben ihm an seiner linken Seite Breuhahn.“

Um den Sitz des Suhr zu erspähen, unternahm Kühn diese Recognition, und bei der Möglichkeit, dass Suhr seinen Platz wieder veränderte, durfte Inquisit nun mit der Ausführung der That nicht länger säumen. Nur eine kleine Vorkehr war noch nöthig, nämlich ein Zündhütchen auf den Cylinder des linken Flintenlaufes, da der zum rechten fehlte, zu setzen, und den Hahn zu spannen, was der vorsichtige Jäger jedoch des möglichen Geräusches wegen nicht auf der Hausdiele beschaffen, sondern lieber das Haus auf einen Augenblick verlassen wollte, um schnell zurückzukehren.

Kühn deponirt ferner:

„Ich ging nun wieder zur Hausthür hinaus, holte aus meiner Westentasche ein Zündhütchen, das ich darin fand, heraus und stellte es auf den Cylinder des linken Flintenlaufes. Jetzt ging ich wieder in's Haus hinein.“

Aus der früher angezogenen Aussage des Kaufmanns *Venzmer* wissen wir, dass dieser, wie er sich das eine Cylinder von der Flinte des

Kühn mit dessen Erlaubniss abschrob, auf beiden Cylindern Zündhütchen fand. Auch ist es wahrscheinlich dass Kühn, zumal bei dem Schutz und der Sicherheit, welche ihm die Flinte gegen seine Feinde gewähren sollte, das Zündhütchen von dem zurückgebliebenen Cylinder des linken Laufes nicht abnahm, und eben so wenig, dass er solches that, wie er mit seiner Flinte sein Haus verliess. Dass er jetzt in seiner Tasche nach einem andern Zündhütchen suchte, und als er dieses fand, es aufsetzte, geschah vermuthlich aus Vorsicht, um sein Ziel desto sicherer zu fassen, indem, da die Flinte acht Wochen lang geladen und mit einem Zündhütchen versehen da gestanden hatte, doch vielleicht dasselbe weniger sicher und zuverlässiger seyn konnte, als ein frischaufgestecktes.

Jetzt gehörig gerüstet in's Haus zurückgekehrt zögert Kühn nicht länger, öffnet die Stubenthür so weit, dass er den Lauf hineinstecken kann, drückt, von den Anwesenden erkannt, los, und der unglückliche Schuss fällt. —

Da Suhr der Thür grade gegenüber sass, so bedurfte es keines Zielens. Wenn daher Inquisit noch sich nachträglich darauf beruft, *dass er kein Ziel gehabt habe,* so ist diess nur in so fern richtig, als er ein Zielen in gewöhnlicher Weise nicht für nöthig halten mochte und das Gewehr, ohne es an die Schulter zu legen, abschoss. Mochte nun auch eben dadurch in ihm eine in seinem spätern Benehmen und den Äusserungen gegen die Gensdarmen hervortretende Ungewissheit entstehen, ob der Schuss überhaupt, oder tödtlich getroffen habe, so wird dadurch der Thatbestand der absichtlichen Tödtung natürlich in keinerlei Weise auf-

gehoben, was selber der Fall wäre, wenn Kühn sich der Absicht, den Suhr zu erschiessen, nicht bestimmt bewusst gewesen wäre, sondern nur der Absicht, den Suhr mit einer Ladung Hagel zu begrüssen. Wer, wie oben von uns ausgeführt ist, mit einem geladenen Gewehre blind auf den Andern zuschiesst, mit der erkannten Möglichkeit, denselben zu treffen, wird sich vergebens auf seine mangelnde Absicht, den Andern zu tödten, oder auf seine eigene Ungewissheit über den Erfolg des Schusses berufen; indem er sich selbst sagen müsste, dass er wissentlich eine Handlung unternommen habe, welche nach der Natur der Dinge den Tod des Gegners sehr leicht zur Folge haben könne. Anders wenn die *bestimmte* Absicht obwaltete, den Gegner *nur in die Beine*, *„in die Hacken“* zu schiessen, in welchem Falle freilich der Thatbestand absichtlicher Tödtung nicht vorläge. Eine solche Absicht hat Inquisit aber mit keinem Worte geäussert, und konnte er auch nach Lage der Sache nicht wohl haben. —

In der ersten Aussage des Kühn vor dem Grossherzogl. StadtGericht zu Ribnitz liegt demnach ein vollständiges und unumwundenes Bekenntniss der That und zwar als einer absichtlichen Tödtung vor. Dem Ermessen des Richters würde es, wenn Inquisit bei diesem Geständniss geblieben wäre, nunmehr allein obliegen, nach nochmaliger Erwägung aller Umstände und Verhältnisse zu entscheiden, ob diese eingestandene absichtliche Tödtung als *Mord* oder *Todschlag* anzusehen und zu bestrafen sey. Allein in der falschen Hoffnung, der Strafe absichtlicher Tödtung zu entgehen, hat Inquisit dieses anfängliche Geständniss zurückgenommen und ein

künstliches LügenSystem aufgebaut, dessen Unhaltbarkeit sich jedoch bei dem ersten Blicke ergibt.

Inquisit sucht zu dem Ende zunächst die Richtigkeit des vor dem Ribnitzer Stadtgerichte aufgenommenen Protocolles zu verdächtigen, indem er namentlich in seinem ersten Verhöre vor dem Crim. Coll. angibt: „Ich habe mich in dem Verböre zu Ribnitz nicht ausführlich genug geäussert; ich war damals krank und bestätigte, was der Stadtrichter Doctor Koeve mir vorsagte, und ich habe das dort Deponirte nicht abändern oder widerrufen mögen, weil ich theils das Dictamen nicht unterbrechen mochte, theils meine dortigen Verhöre nicht in die Länge ziehen wollte; denn ich war sehr schwach und konnte das Stehen kaum aushalten, indem mir der Schweiss ausbrach.“ Allein abgesehen auch davon, dass ein derartiges rechtswidriges Verfahren vollends gegen einen des Mordes Beschuldigten nicht zu vermuthen steht, vielmehr die Gerichte in hohem Maasse die Vermuthung der Dexterität für sich haben, imgleichen, dass die vor dem Stadtgerichte protocollirte Aussage des Inquisiten im Zusammenhalt mit den frühern Vorkommenheiten sich im höchsten Maasse als der Wahrheit völlig entsprechend darstellt, dagegen die spätern Angaben des Inquisiten auch schon in sich als völlig unglaubwürdig erscheinen — abgesehen von dem Allen, wird die Richtigkeit des Ribnitzer Protocolles dadurch ausser allen Zweifel gesetzt, dass der Stadtrichter Koeve, die Gerichtsbeisitzer Boldt und Hinrichsen und der Gerichts Actuar Rabe in Ribnitz *auf ihren geleisteten Amtseid* bezeugt haben, dass die Krankheit und Schwäche des

Kühn vor Gericht weder von diesem angezeigt, noch von ihnen wahrgenommen sey, dass demselben auch im Verhöre nichts vorgesagt, oder er über nichts befragt worden sey, was er erzählend nicht selbst angegeben habe. Nur wird eingeräumt, dass Kühn schon damals bemerkt habe, dass er, vor dem Breuhahnschen Fenster horchend, in der Stube die Besorgniss habe äussern hören, wenn er nur nicht schiesse; welche Bemerkung jedoch nicht protocollirt worden sey. — Da es vom Dirigenten des Protocolls abhängt, zu bestimmen, was als zur Sache gehörend von den Aussagen des Inculpaten in's Protocoll aufgenommen werden solle, was nicht, so kann der vorstehend zugegebene Mangel nicht als wesentlich angesehen werden, und insbesondere die Richtigkeit der protocollirten Aussagen nicht verdächtigen. — Steht es demnach, der wiederholten Behauptungen des Kühn im articulirten Verhöre ungeachtet, fest, dass Kühn wirklich vor dem Ribnitzer Stadtgerichte so deponirt hat, wie das fragliche Protocoll besagt, so ist die spätere Aussage desselben vor dem Crim. Coll. nur als Widerruf zu betrachten. — Erwägen wir nun die spätern abweichenden Angaben des Kühn näher, so ergibt sich zunächst schon aus ihnen selbst die geringe innere Glaubwürdigkeit derselben.

Nachdem nämlich Inquisit, wie oben bemerkt, angeführt, dass er in seinem Hause noch einen Schnaps Rum genommen habe, fährt er in seinem ersten Verhöre vor dem Crim. Coll. fort:

„Da fiel es mir ein, *dass ich Breuhahn Geld schuldig geblieben;* es schien mir schimpflich, ihm diess nicht bezahlt zu haben, und ich ent-

schloss mich, zu ihm zu gehen und ihm das Geld sogleich zu bringen.“

Es bedarf keiner Bemerkung, wie ungereimt diese Erzählung ist. Beschimpft und gemisshandelt hatte Kühn die Gesellschaft bei Breuhahn verlassen; um den Rest der kleinen Schuld zu tilgen, hätte er noch mitten in der Nacht in die Mitte seiner Feinde zurückkehren wollen, um sich neuen Beschimpfungen nicht unwahrscheinlich auszusetzen? Dass er den Gang für gefährlich gehalten, gibt er selbst zu, wenn er sagt: Er habe anfangs den Knittel genommen, *um bei einem etwaigen Anfall doch eine Waffe bei sich zu haben*, und später habe er statt dessen *ganz mechanisch* die Flinte genommen, *wohl um damit zu schrecken.* — Wozu begab er sich also mitten in der Nacht zur Zahlung einer so eben contrahirten Schuld auf einen Weg, auf dem er solcher Schutz- und Schreckmittel zu bedürfen glaubte? Dieser angeblichen Absicht wenig entsprechend, finden wir bald darauf den Kühn horchend an dem Fenster der Breuhahnschen Gaststube. Was er zur Erklärung dessen im Folgenden anführt, erscheint eben so grundlos:

„Ich hatte nämlich die Absicht, gegen Suhr et Consorten zu klagen, vermuthete, dass in der Stube von mir gesprochen werde, und dachte, wenn die Gesellschaft sich darüber äussere, dass sie mir die Fenster eingeworfen hätten, diese Äusserung bei meiner Klage benutzen zu können.“

Dass Kühn aber bei seinem leidenschaftlichen Charakter nach den zuletzt erlittnen Beleidigungen über eine demnächstige InjurienKlage und in dieser Hinsicht über die durch die spätern Vorgänge gewiss verdunkelten frühern Vorfälle gegrübelt, und um sich dafür Beweismittel zu ver-

schaffen, das so höchst unzweckdienliche Mittel des Erlauerns sollte gewählt haben, ist in sich völlig unglaubwürdig. Dazu kommt, dass diese Angabe mit der spätern im articulirten Verhöre nicht völlig harmonirt. Hiernach will nämlich Inquisit, weil er, durch das Erscheinen eines Menschen vor der Thür dazu veranlasst, dafür hielt, dass die Gesellschaft im Begriffe sey fortzugehen, zuerst nach dem Spritzenhause auf dem Kirchhofe zugegangen, später aber an's fragliche Fenster der Gaststube getreten seyn, um zu horchen, *wer da noch sey,* zugleich dafür haltend, dass die Gäste vielleicht unter sich davon redeten, wer ihm früher die Fenster eingeworfen habe. — Dass er, der, wie wir gesehen haben, einem Jäger gleich auf ein edles Wild lauerte, auch an das Fenster der Breuhahnschen Gasstube schlich, um die Anwesenheit des Suhr und den Aufbruch desselben zu erhorchen, vielleicht auch um den Sitz des Suhr zu erspähen, oder um sich an der durch das lange Sitzenbleiben der Gäste im Breuhahnschen Gastzimmer verrathenen Angst derselben zu laben, kann uns nicht auffallend seyn. Aus allem Dem erklärt sich auch zur Genüge, warum Kühn nach seiner spätern Angabe wiederholt horchend zum Fenster zurückkehrte, während eine solche Hartnäckigkeit im Horchen sich mit den von ihm angegebenen Zwecken nur schwer reimen lässt. —

Inquisit fährt in seiner spätern veränderten Angabe fort:

„Hierauf ging ich in Breuhahn's Haus, um ihm meine Schuld zu bezahlen. Als ich mich auf der Diele befand und die Stubenthür geöffnet hatte, schallte mir das Geräusch aus der Stube laut in die Ohren. *Ich weiss es nicht, warum ich nicht hineinging.*“

Nach der frühern Angabe des Inquisiten ist es völlig erklärlich, warum er in die geöffnete Stube nicht hineinging; jetzt kann er selbst keinen Grund dafür angeben. Und wenn wir ihm auch den Grund suppeditiren, dass es ihm jetzt erst unheimlich geworden sey, in die Gesellschaft wieder einzutreten, so frägt sich doch, warum ihn diess nicht gleich Anfangs von seinem nächtlichen Gange abgehalten habe; so wie denn überhaupt jede neue Inconsequenz und jeder dadurch nothwendig werdende neue Erklärungsversuch die Glaubwürdigkeit einer Angabe natürlich bedeutend schwächt. — In Betreff des Hineinschauens in die Stube durch die geöffnete Thür bemerkt Inquisit nunmehr, dass er — so weit er die Stube gradezu hätte übersehen können — keinen Menschen erblickt habe. Als Grund führt er im articulirten Verhöre an, dass die Gesellschaft sich in der hintern Hälfte der Stube befunden habe, die er, da er die Thür nur wenig geöffnet hätte und diese auch an der entgegengesetzten Seite geöffnet werde, nicht habe übersehen können. Bei seinem spätern AbläugnungsSysteme musste ihm natürlich seine frühere Angabe, bei dem Öffnen der Thür den Suhr dieser grade gegenüber sitzend erblickt zu haben, sehr im Wege stehen; daher die jetzige, auch im articulirten Verhöre wiederholte Zurücknahme dieses Zugeständnisses. Allein die oben genannten Mitglieder des Ribnitzer Stadtgerichtes haben insbesondere auch diese Thatsache, dass sie den Inquisiten bei seinem Verhör so verstanden hätten, dass er schon bei seinem erstmaligen Öffnen der Breuhahnschen Gaststubenthür den Goldschmid Suhr der Thür gegenüber sitzend gesegesehen habe, auf ihren Amtseid bekräftigt.

Was Inquisit im articulirten Verhöre in dieser Hinsicht noch anführt, dass der Stadtrichter Koeve ihm die frühere Angabe im Verhöre vorgesagt, dass er so aber nicht gesprochen, und *er es beim Dictamen nicht habe abändern mögen,* widerspricht daher theils der gedachten ausdrücklichen Erklärung des Gerichtes, theils ist es auch höchst unwahrscheinlich, dass Inquisit eine für ihn augenscheinlich so wichtige Unrichtigkeit nicht gerügt haben sollte. Dazu kommt aber, dass Inquisit eingesteht, bei dem *zweiten* Öffnen der Thür (was auch nur so weit geschah, um den Lauf der Flinte hineinstecken zu können,) noch vor dem Schusse den Goldschmid Suhr der Thür gegenüber sitzend erblickt zu haben, indem er bei seinem ersten Verhöre *vor dem Crim. Coll.* wörtlich deponirt:

„Ich öffnete die Thür der Gaststube grade so weit, dass der Lauf hindurch konnte, hielt den Lauf hinein, *erblickte gleichzeitig den Goldschmid Suhr der Thüre grade gegenüber sitzend,* hörte einen Ausruf — und da fiel auch mein Schuss."

Da Inquisit hier eingesteht, bei dem Öffnen der Thür den Suhr gesehen zu haben, und zwar beim Hineinhalten des Laufes, und vor dem Abdruck des Gewehres, so verliert durch diese Aussage die frühere freilich an Wichtigkeit, gewinnt aber zugleich in Betreff ihrer innern Wahrheit. Denn konnte Inquisit später den Suhr ungeachtet der wenig geöffneten Thür von draussen sehen, so konnte und musste er es auch früher, da Suhr seinen Platz nicht gewechselt hatte. Inquisit entdeckt freilich bald selbst, dass diese spätere Aussage ihm schaden könne, und gibt daher nachgehends auf Befragen Folgendes an:

„Es sassen zwei Männer in der Stube, so weit ich sehen konnte, und obgleich ich in dem unglücklichen Augenblicke des Schusses weder die eine, noch die andere Person genau unterschied, so ward es mir doch *gleich nach dem Schusse klar*, dass der grade gegen mir über Sitzende der Goldschmid Suhr, und der links neben ihm sitzende Mann der Wirth Breuhahn war.“

Allein abgesehen davon, dass Inquisit also auch hier einräumt, von draussen den Suhr und selbst den Breuhahn gesehen zu haben, so sagt er in dem articulirten Verhöre aus: „Ich habe die Wirkung des Schusses nicht gleich wahrgenommen: denn *in dem Augenblicke, wie ich abdrückte, zog ich das Gewehr zurück und die Thür fiel wieder zu;*“ woraus also mit Sicherheit erhellt, dass er *vor* dem Schusse den Suhr und Breuhahn erkannt haben muss. —

Nach der ersten Deposition vor dem Ribnitzer Stadtgerichte hat Inquisit nach dem ersten Öffnen der Thür zur Gaststube das Breuhahnsche Haus nur einen Augenblick verlassen, um die Flinte schussgerecht zu machen und ist darauf sofort wieder zurückgekehrt, um die Stubenthür zum zweiten Male zu öffnen und die Flinte gegen Suhr abzuschiessen. Nach den spätern Depositionen des Inquisiten ist jedoch zwischen dem ersten und zweiten Öffnen der Thür ein bedeutender Zwischenraum gewesen. Auch diese Abänderung der frühern Angabe kann nur zum Zwecke haben, den Grund des ersten Öffnens, die Stellung des Suhr vorher zu erforschen, zu verhehlen. Denn wenn ein längerer Zwischenraum zwischen dem ersten und zweiten Thüröffnen statt gefunden hätte, so würde die bei dem

ersten Öffnen gewonnene Kenntniss bei der Wahrscheinlichkeit eines Sitzwechsels in einem so langen Zwischenraume vergeblich gewesen seyn. Inquisit gibt nämlich in seinem ersten Verhöre vor dem Crim. Coll. wie folgt, an:

„Ich ging wieder zum Hause hinaus, horchte wiederum, und zwar zuerst an dem vordern Fenster; diess mochte 5 Minuten gedauert haben, als die im Zimmer Anwesenden vor die Hausthür hinaustraten und ich mich gleichzeitig um die Ecke entfernte und eine Strecke an den Häusern entlang fortging. Da ich nicht bemerkte, dass sich Jemand über die Strasse fortgehend entfernte, kehrte ich zurück, stellte mich wieder an das vordere Fenster und vernahm horchend, dass Grönlandt und Kriegesheim ihre Besorgniss insbesondere darüber äusserten, dass ich sie todtschiessen könnte.“

Die Aussage des Inquisiten im articulirten Verhöre steht hiemit theilweise im Widerspruche, indem er hier angibt, dass er geglaubt, die Gesellschaft habe sich entfernt, und dass er erst, vor das Fenster zurückgekehrt, Personen in der Stube habe reden hören; während er früher angab, dass er zurückgekehrt sey, indem er nicht bemerkt, dass sich Jemand entfernt habe. — Dazu kommt nun aber, dass nach Aussage des Breuhahn Niemand aus der Gesellschaft, seitdem er vor der Hausthür gewesen, sich aus dem Gastzimmer entfernt habe und vor die Hausthür getreten sey; so dass auch diese Deposition des Inquisiten, ungeachtet ihrer Wiederholung, als falsch dasteht. Erst zuletzt will Inquisit das Gespräch und die Worte des Grönlandt über sein, des Inquisiten, Schiessen erhorcht haben, und dadurch erst auf den Gedanken, die Gesell-

schaft durch einen Knall des Zündhütchens zu erschrecken, gekommen seyn. Allein Grönlandt deponirt, dass das besagte Gespräch geführt worden sey, wie Breuhahn mit dem Bemerken, dass er glaube, dass Kühn in böser Absicht aussen umherschleiche, in die Stube zurückgekehrt sey, was demnach ungefähr anderthalb Stunden vor dem wirklich erfolgten Schuss geschehen seyn muss; so dass auch dieser Umstand, der mit der ersten Aussage vor dem Ribnitzer Stadt-Gerichte in vollkommener Übereinstimmung steht, der Richtigkeit der spätern Aussage widerstreitet.

Am Entschiedensten tritt nun aber die Lüge des Inquisiten in nachfolgender Erzählung desselben uns entgegen:

„In diesem Augenblicke (wie Grönlandt und Kriegesheim ihre Besorgniss darüber äusserten, dass ich sie todtschiessen könnte,) erinnerte ich mich erst wieder meiner Flinte, welche ich über der Schulter hängen und deren Besitz ich ganz vergessen hatte, suchte in meiner Westentasche, ohne dass ich es ahndete, Zündhütchen darin zu haben, nach einem solchen, nahm das gefundene und steckte es auf den Cylinder des linken Flintenlaufes u. s. w.. Erst in dem Augenblick wie der Schuss fiel, ward ich inne, dass der Lauf geladen gewesen; ich hatte der Gesellschaft mit der Flinte bis dahin nur einen Schrecken einjagen wollen.“

Im articulirten Verhöre gibt er noch näher an:

„Ich wollte durch die Explosion des Zündhütchens, welches einen Knall wie ein Pistolen-Schuss gibt, die Gesellschaft erschrecken. Ich habe nicht gewusst, wenigstens durchaus nicht daran gedacht, dass mein Gewehr geladen sey, als ich es nahm und nach Breuhahn's Hause

ging. Ich habe damals gar keine Absicht dabei gehabt und das Zündhütchen auch in keiner andern Absicht aufgesteckt, als um durch den Knall die rohe Gesellschaft bei Breuhahn zu erschrecken. Ich kann versichern, dass ich in dem berauschten Zustande, worin ich war, die Beleidigung durch Suhr gar nicht so tief empfunden habe, dass ich dadurch erzürnt geworden, und Rache habe ich doch auch niemals genommen, wenn ich in frühern Verhältnissen Unannehmlichkeiten erfahren habe.“ In dieser Hinsicht bemerkt der eigne Defensor des Inquisiten: *„dass es ihm eben so leicht, als unzweifelhaft erscheine, Kühn's bezügliche Behauptung durchweg als sach- und actenwidrig darzustellen.“*

Wir beschränken uns in dieser Hinsicht auf folgende Bemerkungen: Diese ganze offenbar lügenhafte Ausrede scheint nicht in Suhr's eignem Kopfe entsprungen zu seyn. *Der Pastor Fromm zu Ribnitz* gibt in seinem Schreiben an's Grossherzogl. Crim. Coll. an, dass, *der Erzählung eines ehrwürdigen Freundes zufolge,* Kühn das Gewehr anfänglich nur in der Absicht, *damit zu schrecken,* in die Breuhahnsche Stube hineingesteckt, dass er jedoch, entrüstet über die Schimpfworte, welche die Gesellschaft so eben wiederum gegen ihn ausgestossen, losgedrückt habe. — Hält man hiermit zusammen, dass die Mutter des Inquisiten in einem zu den Akten gekommenen Schreiben an denselben ihn auffordert, sich die Worte des ihm früher zugekommenen Schreibens, wovon in den Akten keine Spur ist, recht einzuprägen, dass Inquisit selbst die noch in Ribnitz vernommenen Worte anführt: Er sey ein junger Mann, ihm müsse geholfen werden; endlich dass derselbe bis dahin vor dem Rib-

nitzer Stadtgerichte mit keinem Worte eine solche Ausrede versucht, seit dem ersten Verhöre vor dem Crim. Coll. aber hartnäckig dabei geblieben ist, so möchte man allerdings geneigt seyn anzunehmen, dass ihm die Ausflucht: Er habe mit seinem Gewehre *nur schrecken* wollen, auf irgend eine Weise suppeditirt worden sey, *ein Umstand, der von der Wichtigkeit ist, dass von Seiten des untersuchenden Gerichtes ihm allerdings genauer hätte nachgeforscht werden müssen.* Wie dem aber auch sey, so ist kein vernünftiger Grund denkbar, welcher den Kühn, selbst wenn er bestimmt gewusst und sich vorher davon überzeugt hätte, dass seine Flinte nicht geladen sey, hätte veranlassen können, nach dem, was vorgefallen, die Breuhahnsche Gesellschaft auf die angegebene Weise zu erschrecken. Zu einem blossen Scherze konnte er unmöglich gestimmt seyn, wie er denn einen solchen auch nicht behauptet. War es aber ernstlich gemeint, so wäre die Rache, seine Gegner durch den Knall eines Zündhütchens und den Anblick eines Gewehres zu erschrecken, wahrhaft kindisch gewesen, da kein Verständiger sich um eines solchen Zweckes willen in die Gefahr begeben haben würde, von seinen Gegnern eines Mordversuches angeklagt zu werden. Ein solches Verfahren, seinem Unmuthe Luft zu machen, nach einem Vorgange, auf den gewiss vor allen seine Worte Anwendung leiden, dass ihm nach heftigen Auftritten zu Muthe sey, als möchte er seinen Gegner und sich selbst vernichten, würde mit Allem, was über den Charakter und das frühere Leben des Inquisiten zu den Akten gekommen ist, in dem grellsten Gegensatze stehen. Dazu kommt nun aber, dass diese Ausrede

vollends allen Grund der Wahrscheinlichkeit verliert, wenn aus den Akten deutlich hervorgeht, dass Inquisit wusste, dass sein Gewehr geladen sey. Selbst abgesehen von den desfallsigen Aussagen des Inquisiten vor dem Ribnitzer Stadtgerichte, so bezeugt der Kaufmann Venzmer, dass er das Gewehr des Inquisiten geladen gefunden habe, so wie die eingezeugten Äusserungen des Inquisiten gegen den Maurermeister Schmidt und seinen Nachbar Melms, und die eingestandene Pantomine gegen seine Mutter voraus setzen, dass er dazumal gewust, dass seine Flinte von der Jagd her noch geladen sey. Er selbst führt an, dass in dem Augenblicke, wie der Schuss gefallen, ihm erinnerlich geworden, dass das Gewehr von der letzten, 6 bis 8 Wochen früher gehaltenen Jagd her noch geladen gewesen sey. Wie war es nun aber möglich, frägt man mit Recht, dass er sich dessen nicht damals erinnerte, als er das Gewehr zum Schutze aus seiner Wohnung mitnahm, vollends als er das Zündhütchen zum Abknallen aufsetzte? Hätte er sich doch wenigstens damals die bestimmte Frage vorlegen müssen, ob das Gewehr auch geladen sey, und hätte ihm da seine Erinnerung nothwendig zu Hülfe kommen müssen; zumal er bei den früher wiederholt ausgestossenen Drohungen in Betreff seiner Flinte, des Umstandes, dass sie von der Jagd her noch geladen sey, wiederholt hätte gedenken müssen. Seine Aussage, dass er erst durch das, angeblich *nach* dem ersten Öffnen der Thür vernommene Gespräch des Grönlandt etc. sich seiner Flinte erinnert hätte, deren Besitz er bis dahin ganz vergessen, stimmt auch wenig mit seiner Deposition, dass er das erste Mal schon

mit dem Gewehr auf die Breuhahnsche Diele getreten sey. Wäre endlich nur durch eine derartige unglückliche Vergessenheit der Schuss erfolgt, wie völlig unerklärbar wäre dann sein ganzes späteres, weiter unten näher zu würdigendes Betragen, seine Flucht, seine Reden mit dem Forstverwalter Haase und den Gensdarmen Schulz und Reese, ja selbst der Umstand, dass er, nachdem er die DefensionsSchrift seines Defensors gelesen hat, sich mit keinem Worte darüber beschwert, dass der eigne Defensor seine Erzählung für handgreifliche Lügen erklärt und dass dieser die absichtliche Tödtung ohne weiteres zugesteht. Wie hätte Inquisit sich hier nothwendig so ganz anders äussern müssen, wenn sein Gewissen ihn von dem Vorwurfe einer absichtlichen Tödtung völlig freispräche. So sieht er aber in der Durchführung seines Systems nur ein juristisches Kunststück, welches er auch selbst ohne seinen Defensor und gegen denselben durchzuführen Miene macht, und daher mit keinem Worte sich darüber beschwert, dass er im Grunde ohne Defensor sey, da sein Defensor sich mit gegen ihn und seine Unschuld verbunden habe.

Insbesondere darf nun aber, was wir noch schliesslich erinnern zu müssen glauben, nicht vergessen werden, dass es sich hier ja überall nicht von einem künstlichen Beweise gegen den Inquisiten, sondern nur von der Würdigung seines Widerrufes, oder vielmehr seiner, mit den zu Ribnitz protocollirten und später von den Gerichtsgliedern eidlich bekräftigten Aussagen im Widerspruche stehenden spätern Depositionen vor dem Crim. Coll. handelt und dass, bei der vollständigsten juristischen Gewissheit der erstern, nur zum Überflusse und zur vollständigen Beru-

higung in dieser hochwichtigen Sache das Lügnerische der spätern widersprechenden Aussagen des Inquisiten ausführlich dargethan worden ist; wobei wir nur noch hinzufügen wollen, dass, da der vom Inquisit geschehene Widerruf überall nicht durch irgend stichhaltige Gründe, wie wir vorher gezeigt haben, unterstützt wird, um so weniger Beachtung verdient, als durch denselben ein vollkommen gültiges Geständniss wieder umgestossen werden soll.

Arg. *Crim. Ger. Ord.* Th. 2, §. 65.

von Nettelbadts Rechtssprüche, B. 1, S. 94.

Eben so unhaltbar, wie die vom Inquisiten Kühn selbst später aufgestellte Behauptung, dass er den Goldschmid *Suhr* nicht habe erschiessen, sondern die Breuhahnsche Gesellschaft nur durch den Knall eines Zündhütchens habe erschrecken wollen, ist die von seinem Defensor ausgeführte Hypothese, dass Kühn den Suhr, obschon absichtlich, doch im *Affecte,* und zwar in einem, *nicht* durch den Faustschlag und die übrigen Beleidigungen Kühn's von Seiten Suhr's im Breuhahnschen Gastzimmer, sondern *durch das Erlauschen der von Suhr und seinen Freunden wider Kühn geführten ehrenrührigen Reden hervorgerufenen Affecte.* — Der Defensor sah sich genöthigt, zu dieser sehr kühnen Hypothese seine Zuflucht zu nehmen, weil allerdings die Umstände, namentlich das anscheinend ruhige Weggehen des Inquisiten nach der empfangenen Beleidigung, die mit den verschiedenartigsten Handlungen desselben ausgefüllte lange zweistündige Zwischenzeit u. dgl. offenbar es auch ihm als unmöglich erscheinen lassen mussten, aus jenen, reichlich zwei Stunden vor der That vorgefallenen Beleidigungen den, zum

Begriff des Todschlages erforderlichen heftigen Affect, den Impetus, herzuleiten. Der Defensor macht daher klüglich selbst auf die vielen zwischen jenen Beleidigungen und der That liegenden Handlungen, welche wohl im Stande gewesen wären, eine blosse vorübergehende Hitze und Aufwallung abzukühlen, aufmerksam. Allein er thut dieses nur zu dem Ende, um wo möglich darzuthun, dass eine *Prämeditation*, ein früherer Entschluss des Kühn, den Suhr zu tödten, nicht vorhanden gewesen sey, dass daher Kühn nicht als ein *vorbedächtiger Mörder* angesehen werden könne, dass vielmehr der Gedanke der Tödtung dem Kühn erst später gekommen sey, und zwar unter Umständen, welche die That als eine im *Zorn und Affect* verübte darstellten und deshalb den Begriff des blossen Todschlages begründeten. Allein erwägt man diesen vom Defensor eingeschlagenen Weg genauer, so weist derselbe sich bald entschieden als höchst gewagt und evident falsch aus. Der Defensor führt nämlich Folgendes aus:

„Der Entschluss zur That kam dem Kühn unmittelbar vor deren Ausführung in einem Zustande, welcher *kalte Überlegung* und *Prämeditation* durchaus nicht aufkommen liess, in welchem die höchste Aufregung, verbunden mit dem Gefühle der in Händen habenden Gewalt, den Willen des Thäters plötzlich bestimmte und hinriss. Denn der Rausch, mit dessen Beginn Inquisit sein Haus verlassen, musste während des Aufenthaltes in der freien Luft der November-Nacht dessen Besonnenheit mehr und mehr umnebeln. Die geschäftige Einbildungskraft gereizter Empfindlichkeit malte unzweifelhaft

fortwährend dem Defendenten vor, wie man seiner Beschimpfung und Flucht aus dem Breuhahnschen Hause in seiner Abwesensenheit spotte. — Sein ganzes, ohnehin heftiges, vom Trunk gesteigertes Selbstgefühl spornte ihn, sich Überzeugung von Demjenigen zu verschaffen, was seine gequälte Phantasie ihn mit den grellsten Farben vorspiegelte. Eine Beleidigung, einen Schlag, ja eine Misshandlung zu erfahren, ist für den Menschen von Temperament um so schrecklicher, je mehr er glauben kann und muss, dass dieselben und die daraus in der allgemeinen Meinung hervorgehende Schande durch das Gerücht verbreitet und Übelwollenden zum Gegenstande und Motive ihrer Böswilligkeit dienen werden. Diese Gewissheit vervielfältigt und vergrössert den erlittenen Schimpf tausendfach und das Bewustseyn derselben ruft alle Hydern des Hasses und der Rache in der Brust des Gekränkten gegen den Schuldigen wach. Jener Gewissheit nun ward sich Kühn in dem Augenblicke lebhaft bewust, als es ihm gelang, unter dem Fenster der Gaststube die ihn betreffenden Reden der Gesellschaft zu erhorchen. Geschah diess nicht, so möchte die Flut der in ihm wogenden Gefühle nicht den Damm durchbrochen haben, welchen Pflicht und Gesetz ihr entgegenstellten. Der Moment aber, wo Kühn sich erinnert hörte, was man von ihm zu fürchten Grund habe, der Hohn, womit man auch die Besorgniss vor seinem Schiessgewehre begleitete, liess die Hand zucken, mit der er das letztere gefasst hielt. Aufflammend setzte

er mit angewohnter mechanischer Fertigkeit das Zündhütchen, welches unglücklicher Weise ein Griff in die Tasche ihm darbot, auf den Cylinder und, mit wenigen Schritten seinem Schlachtopfer gegenüber, that er den todbringenden Schuss.“ —

Obgleich nun zugegeben werden muss, dass der Defensor mit grosser Geschicklichkeit den Blick von dem der Zeit nach zu weit entfernten Hauptvorgange abzulenken und auf einen andern Umstand hinzulenken gesucht hat, der dem unbefangenen Beobachter in der Geschichte des ganzen Vorganges nur als sehr untergeordnet erscheinen muss, aber der verbrecherischen Handlung nahe genug zu liegen scheint, um in dieser Hinsicht daraus eine Tödtung im Affecte abzuleiten; so muss doch der Richter das Ganze des Vorganges vor Augen behalten, und darf sich durch die Farbe der Darstellung nicht irre führen lassen, zumal wenn diese mit den Akten nicht in Übereinstimmung steht. Auch ist nicht zu übersehen, dass es bei der Verurtheilung des Inquisiten nicht darauf ankommt, mit Bestimmtheit in einzelnen Handlungen und Aussagen des Inquisiten den *früher gefassten Entschluss*, den Suhr zu tödten, nachzuweisen, sondern nur zu zeigen, dass Inquisit weder durch Zufall und Unvorsichtigkeit, noch im Jähzorne oder Affect die That vollbracht hat; weshalb auch nur der hierauf gerichtete Theil der Defension vorzugsweise in Betracht kommt. Nach der Darstellung des Defensors soll demnach das Gerede der Breuhahnschen Gesellschaft über den Vorgang und insbesondere der Spott derselben über die Möglichkeit des Schiessens des Kühn, denselben so in Affect gesetzt haben, dass er nun

aufflammend die That vollbrachte. Allein in den Aussagen des Inquisiten findet sich keine Spur davon, dass dieses Gerede der Gesellschaft ihn so auf's Höchste gereizt habe. Allerdings gibt er selbst solche Äusserungen der Gesellschaft als von ihm gehört an, welche die *Furcht und Besorgniss* derselben beweisen, und daher ein *rache*dürstendes Gemüth auf die in Händen habende Gewalt, seinen Feind zu vernichten, hinweisen konnten, welche aber die Annahme des Defensors keinesweges rechtfertigen, dass das Gefühl des erlittnen Schimpfes nun auf einmal über den Beschimpften hereingestürzt sey und ihn aller Überlegung und Besonnenheit beraubt, und zur Tödtung seines Feindes fortgerissen habe.

Inquisit deponirt im articulirten Verhöre vor dem Crim. Coll. auf die Frage: Wo und wann er ein Zündhütchen auf den Cylinder des Gewehrs gesteckt habe?:

„Ich that diess jetzt als ich wieder in der Nähe der Hausthüre vor dem Fenster stand, indem ich den Glaser Grönlandt und den Müller Kriegesheim davon reden hörte, dass ich vielleicht im Stande sey, nach ihnen zu schiessen. Grönlandt sagte unter andern: Wenn er mich trifft, so ist es auch recht gut; trifft er mich aber nicht, soll ihn auch der Teufel holen. *Jetzt* erinnerte ich mich meines Gewehres, welches ich über der Schulter hängen hatte, suchte in meiner Westentasche nach einem Zündhütchen, fand ein solches darin und steckte es auf den Cylinder des linken Laufes."

Inquisit gibt demnach selbst an, dass die angeführten Worte des Grönlandt, die im Wesentlichen auch durch die Aussagen des Tischler-Altermanns *Beu* und des Glasermeisters *Grön-*

landt bestätigt werden, den Gedanken an den Gebrauch des Gewehres zunächst in ihm hervorgerufen hätten. Mit Recht darf man nun aber fragen, wie hierin auch nur entfernt das Beschimpfende gesucht werden kann, was den Inquisiten plötzlich aufflammen und den Damm der Pflicht und des Gesetzes durchbrechen liess. Freilich führt Grönlandt an, dass, wie er auf die Nachricht des Breuhahn, dass er Jemanden auf den Kirchhof gesehen habe, den er für Kühn halte, geäussert, dass er den Kühn zu Allem fähig achte, und man nicht wissen könne, ob er nicht auflauern und Einem mit seiner Flinte auf den Kopf schiesse, Suhr hierüber gespöttelt und gesagt habe: er könne ihn in den Hintern schiessen. Allein ganz abgesehen auch davon, dass in Beihalt der übrigen Umstände diese ohnehin auf Aussage Eines Zeugen beruhende Äusserung des Suhr unmöglich die Affecte des Kühn plötzlich auf's Höchste entflammen konnte, so hat Inquisit doch mit keinem Worte behauptet, dass *er* diese Äusserung des Suhr *vernommen* habe, noch weniger, dass durch sie sein Zorn entflammt sey. Dazu kommt, was hier durchaus entscheidend ist, dass die Zeugen jener Reden als gleich nach dem Wiedereintritt des Breuhahn in die Gaststube geführt gedenken, dieses aber nach Breuhahn's Aussage *um* 11 *Uhr aus* war, auf jeden Fall vor 12 Uhr, und um 1 Uhr erst der unglückliche Schuss fiel, Kühn also Zeit genug hatte, sich des aus diesem Gespräch erst in ihm angeblich jäh aufgestiegenen Zornes zu bemeistern, und demnach der, Eine Stunde später geführte Schuss nicht aus diesem Jähzorn abgeleitet werden kann. Demnach beruht die ganze Darstellung des Defensors auf völlig unerwiesenen Vor-

aussetzungen, und ist als eine unbegründete luftige Hypothese nicht im Stande, das Gewicht der Thatsache zu schwächen, dass Inquisit, nachdem er, beleidigt und beschimpft, die Gesellschaft im Breuhahnschen Hause verlassen hatte, nach Verlauf von etwa zwei Stunden ohne alle triftige äussere Veranlassung in das Breuhahnsche Haus zurückkehrte und seinen Gegner erschoss.

Zum Überflusse ist nur noch zu bemerken, dass die vom Defensor versuchte Hypothese sich im Wesentlichen schon in dem oben angezogenen Schreiben des Pastor *Fromm* zu Ribnitz findet, indem er bemerkt, dass „nach der Erzählung eines ehrwürdigen Freundes Kühn, entrüstet über die von der Gesellschaft wiederum gegen ihn ausgestossenen und von ihm vernommenen Schimpfworte und über die von Neuem erlittne Beschimpfung, seinen ersten Vorsatz, mit dem Gewehre blos zu schrecken, aufgegeben, und *dasselbe losgedrückt habe.*“ Dass diese zu den Akten gekommene Bemerkung, oder vielleicht ähnliche an Ort und Stelle vernommenen Äusserungen den Defensor vermocht haben, den eigenthümlichen Weg, den Inquisiten von der Todesstrafe zu retten, einzuschlagen, ist nicht unwahrscheinlich, da, wie gezeigt worden ist, in den protocollirten Aussagen des Inquisiten weder vor dem Ribnitzer Stadtgerichte, noch vor dem Crim. Coll. ein hinreichender Grund zu einer solchen Annahme vorhanden war.

Nach den Bemerkungen der früher (Cf. Abh. X.) angeführten Schriftsteller über den Unterschied zwischen Affect und Leidenschaft, Todschlag und Mord, gewährt auch das Benehmen des Angeschuldigten *nach der That* einen wichtigen Anhaltspunkt für die Beurtheilung, wes-

halb wir auch dieses Betragen des Inquisiten *nach* geschehener That unserer Betrachtung kürzlich zu unterwerfen haben.

Kühn deponirt in dem ersten Verhöre vor dem Ribnitzer Stadtgerichte, also zu einer Zeit, wo seine Wahrhaftigkeit noch nicht verdächtigt ist, hierüber, wie folgt:

„Jetzt (als der Schuss fiel) lief ich nach meinem Hause, zog mir eine andere Weste, ein anderes Beinkleid und andere Stiefel an, füllte mein Pulverhorn mit Pulver, meinen Hagelbeutel mit Hagel, legte dieses nebst einer Schachtel mit Zündhütchen, einem Pfund Taback, und einer Flasche mit Rum, in meine Jagdtasche, und ging mit dieser, mit der Flinte, und nachdem ich meine vorhandene Baarschaft zu mir gesteckt hatte, wieder zum Hause hinaus, in der Absicht mich zu flüchten. Die Hausthür verschloss ich und nahm den Schlüssel mit. Gleich verliess ich aber nicht die Stadt, sondern suchte erst zu erfahren, wie es mit Suhr sey, und welchen Erfolg mein Schuss gehabt hätte. Ich wandte mich deshalb nach Suhr's Wohnung, und horchte vor den Fensterladen, wo ich die Suhrsche Ehefrau weinen hörte. — Die Hausthür stand offen und es ward im Zimmer gesprochen. Nun entfernte ich mich eine Strasse weit bis zu der Mühlenstrassenecke, wartete hier einen Augenblick, indem ich glaubte, der Müller Kriegesheim möchte nach Hause gehen, den ich fragen wollte, wie es mit Suhr stehe. Da er aber nicht kam, so lief ich in meiner Angst davon. — Vor dem Marlower Thor klopfte ich an des Klosterschmids *Oesterreich* Fenster, und gab meinen Hausschlüssel an ihn, mit der Bitte, denselben am Tage meiner Mutter zuzustellen;

indem ich auf die Jagd gehen wolle. (Der *Oesterreich* bescheinigt, dass Kühn um 3¼ Uhr an sein Fenster geklopft, auch zu ihm hereinkommen sey. Er erwähnt nicht, dass ihm im Betragen Kühn's irgend etwas aufgefallen sey.) Einen Plan wohin ich mich flüchten wollte, hatte ich noch nicht. Auf dem Wege nach *Freienholz*, wo ich sehr gut bekannt bin und wohin ich mich zunächst begeben wollte, lud ich den linken Lauf meiner Flinte wieder, ohne dass ich dabei weiter eine Absicht hatte."

Über seine Ankunft in *Freienholz* deponirte Kühn später:

„In Freienholz traf ich den Forstverwalter *Haase* und einige Bekannte desselben beim Kartenspiel, gegen die ich äusserte: Ihr sitzt hier und spielt *und ich habe schon Einen todt?* Mit diesem Jägerausdruck wollte ich andeuten, *als hätte ich an jenem Morgen schon ein Stück Wild erlegt.*"

Die Gensdarmes *Schulz* und *Reese* und der Gerichtsdiener *Metter* deponirten, dass Kühn sich zwar bis 3 Uhr noch auf der Strasse habe sehen lassen, allein da derselbe mit der Jagdflinte versehen gewesen, so hätten sie es nicht gewagt, ihn zu ergreifen. Über die spätere Arretirung des Kühn sagt der Gensdarme Schulz nach vorgängiger Vereidigung aus, dass, wie sie Kühn in Freienholz im Bette schlafend gefunden und geweckt hätten, derselbe sichtbar erschrokken sey, auch sich gegen ihn dahin geäussert habe, dass er sich unterweges nicht würde haben arretiren lassen, sondern den Ersten Besten vom Pferde geschossen haben und in den Wald gesprungen seyn würde. Obschon Kühn sich bestürzt gezeigt hätte, wie er von ihm vernommen,

dass Suhr todt sey, habe er doch gemeint, dass *an Suhr nichts gelegen sey*, so wenig als an ihm selbst, und dass ihm nur Suhr's Frau und Kinder jammerten, *Suhr es auch verdient habe.* — Auf ähnliche Weise äusserte Kühn sich nach seiner Arretirung gegen den Gensdarmen *Reese.*

Noch ist zu bemerken, dass Inquisit bei der gerichtlich angeordneten Leichenschau Anfangs grosse Abneigung bewies, sich dem Bette, worin die Leiche lag, zu nähern, und dass er grosse Ängstlichkeit und eine in seinem Gesichte sich deutlich aussprechende Furcht zeigte, wenn er aufgefordert wurde, die Leiche anzublicken. Endlich darf denn auch nicht übersehen werden, wie wenig Grund vorhanden ist, eine wahre Reue über seine That beim Inquisiten anzunehmen; indem der später offensichtlich eingeschlagene und mit grosser Hartnäckigkeit verfolgte Weg der Lüge einer solchen Annahme durchaus widerstreitet.

Erwägen wir nun dieses ganze aktenkundige Betragen des Inquisiten nach vollbrachter That, so ist es auf den ersten Blick einleuchtend, dass sich hier zunächst keine Spur von derjenigen Gemüthsstimmung und Handlungsweise findet, die mit Recht bei Demjenigen vorausgesetzt werden darf, welcher durch Unbedachtsamkeit Jemanden getödtet hat. Hätte Kühn ein gutes Gewissen gehabt, er wäre nicht geflohen! Allein auch wenn er absichtlich, aber wie sein Defensor auszuführen sucht, im *Jähzorn und Affect* den Suhr getödtet hätte, so würde sein Betragen nothwendig ein ganz anderes gewesen seyn. Woher würde er dann, durch die That plötzlich von seiner Hitze abgekühlt, den Abgrund auf einmal erblickend, in welchen er sich und Andere

durch seinen Jähzorn unbesonnen gestürzt, die Ruhe genommen haben, nach Hause zu gehen, seine Kleider zu wechseln, und sich zur Flucht förmlich einzurichten. Wie hätte er es dann noch über sich gewinnen können, die nämliche Flinte, die ihn so unglücklich gemacht, mit sich zu führen, sich von Neuem mit Schiessbedarf zu versehen, und auch den Rum nicht zu vergessen, dem er alsdann doch auch einen Antheil an seinem Unglück hätte beimessen müssen? Wie hätte er dann sich so roh über seinen Schuss gegen *Haase* und dessen Gesellschaft auslassen, wie wiederholt äussern können, dass Suhr sein Schicksal verdient habe, und sein Tod ihm nicht leid thue? Sobald wir aber den Standpunkt festhalten, den wir seither als den allein richtigen für die psychologische Würdiguug der fraglichen That erkannt haben, so ist auch diess ganze Benehmen Kühn's *nach* der That vollkommen verständlich. Die längst schon im Geiste vorhergesehene That konnte ihn nicht überraschen. Er blieb derselbe nach und vor derselben. Bedächtig rüstet er sich mit Kleidern, Geld, Rum, so wie mit Flinte und Jagdtasche und dem erforderlichen Schiessbedarf aus, ja trägt selbst Sorge für den Hausschlüssel. Das Mitnehmen und spätere Laden der Flinte bezeichnet den flüchtigen Mörder, der sich nicht scheut, gegen seine Verfolger nöthigenfalls derselben tödtlichen Waffe sich zu bedienen; wie er denn auch gegen den Gensdarmen Schulz dessen nicht Hehl hat, was er gethan hahen würde, wenn man ihn im Freien getroffen hätte. Wie die innere Gewissensangst ihn veranlassen musste, in der Rumflasche Vergessenheit des Geschehenen zu suchen, ist begreiflich. Daneben spricht sich jedoch ein

Triumph befriedigter Rache in den zu *Haase* gesprochenen Worten aus; so wie ein auch selbst durch den Tod des Suhr nicht getilgter Hass in den gegen die Gensdarmen gemachten Äusserungen. Wohl musste ihm der Anblick der Leiche schrecklich seyn, welche ihn an die, den Mörder erwartende Strafe erinnerte, und nicht zu übersehen ist es, dass sie ihm nur Angst und Furcht, nicht Mitleiden und heisse Thränen der Reue auspresste. Und gedenken wir dann noch schliesslich der so wenig in Wahrheit bewiesenen Reue, so erinnert uns diess wieder namentlich an die Worte *Henke's: „Dem Verbrechen, in Affect verübt, folgt schnell die Reue; der Verbrecher aus Leidenschaft dagegen ist meistens ein hartnäckiger Leugner."* —

4. Haben wir seither das zur Bestrafung stehende Verbrechen nach allen Seiten hin, sowohl in Beziehung auf das frühere Leben des Inquisiten überhaupt, als im Zusammenhange mit allen, der That vorhergehenden und nachfolgenden Umständen, namentlich in sorgfältiger Berücksichtigung des ganzen zwischen dem Inquisiten Kühn und dem getödteten Goldschmid Suhr entstandenen gespannten Verhältnisses, vom *psychologischen* Standpunkte aus betrachtet; so erscheint es jetzt erforderlich, auch vom *juristischen* Standpunkte aus die Frage zu erörtern, ob die erwiesen vorliegende absichtliche Tödtung ein blosser *Todschlag*, oder ein *Mord* sey? Allein einer ausführlichen Erörterung dieser Frage wird es nicht bedürfen, indem theils die obigen psychologischen und criminalistischen allgemeinen An- und Ausführungen, theils die genauere psychologische Erörterung sowohl des Charakters Kühn's im Allgemeinen, als seiner

Beziehungen zu dem getödteten Suhr und aller Vorgänge und Umstände *vor, während* und *nach* der That, ein bestimmtes Urtheil über dieselbe vollständig vorbereitet hat. Es genügt daher, die Hauptgründe, warum *kein Todschlag*, sondern ein *Mord* hier anzunehmen steht, übersichtlich zusammen zu fassen, und dabei nur noch einige etwa noch zweifelhaft gebliebene Momente näher zu würdigen.

Wie gezeigt worden, (Cf. Abh. X.) ist jede absichtliche Tödtung, welche nicht *Impetu*, aus *Jähheit* und *Zorn*, aus einem *heftigen Affecte* geschehen ist, als *Mord* zu betrachten; ohne dass es für das Daseyn des Mordes noch der besondern Nachweisung der *Prämeditation* im engern und eigentlichen Sinne, des vorher gefassten Entschlusses bedarf. Daher kann die Aufgabe hier nicht seyn, nachzuweisen, *wann* der Entschluss, den Suhr zu tödten, in Kühn zur Reife gelangte, oder, wann ihm der erste Gedanke dazu gekommen, wie lange derselbe halb entwickelt in seiner Seele schlummerte, u. dgl. Die entscheidende Frage, die wir nicht verwirren dürfen, ist einfach die: *Hat Inquisit den Goldschmid Suhr Impetu, aus Jähheit und Zorn, im heftigen Affect getödtet, oder nicht?* Je nachdem diese Frage bejaht, oder verneint werden muss, ist *Todschlag* oder *Mord* begründet.

Wir können nun nach dem seither mit möglichster Sorgfalt Ausgeführten unmöglich Anstand nehmen, diese Frage auf's Entschiedenste zu verneinen, und somit für das Daseyn eines *Mordes* uns zu erklären, und zwar aus nachfolgenden, kürzlich noch zusammen zu fassenden Gründen:

a. Der Inquisit Kühn erschien wohl im gewöhnlichen Leben als reizbar, heftig und aufbrausend, und wird ebendeshalb auch von mehreren seiner gewesenen Principale als *jähzornig* geschildert. Allein seiner ganzen Gemüthsrichtung nach war er mehr *leidenschaftlicher* und *rachsüchtiger*, als *affectvoller* und *jähzorniger* Natur; in welcher Hinsicht wir uns nur auf die obigen Ausführungen in Betreff seines frühern Lebens zu beziehen brauchen.

b. Im Verhältniss zu Suhr musste der leidenschaftliche und rachsüchtige Charakter Kühn's sich um so eher geltend machen, als derselbe schon seit mehreren Wochen vor der fraglichen That durch eine Reihe von Kränkungen und Drohungen von Seiten Suhr's in eine *verbitterte* Stimmung gegen ihn gerathen war, die, nach bekannten psychologischen Erfahrungen, um so eher zu Groll und leidenschaftlichem Hasse führen musste, als sie zugleich mit einer gewissen Furcht und mit einem Gefühl der Überlegenheit Suhr's verbunden war, welcher in gesellschaftlichen Kreisen sich schon früher, besonders aber an dem mehr gedachten OctoberAbende, höhnend und übermüthig gegen Kühn betragen, und der Gesellschaft auf Kosten Kühn's zu lachen gegeben hatte.

c. Durch die Besorgniss vor einem Überfalle in seinem Hause von Seiten Suhr's und Consorten war Kühn in seinen Gedanken schon lange vor der That auf seine, von der letzten Jagd her noch geladen stehende Flinte geführt worden; ja er hatte selbst durch Worte und Zeichen die Möglichkeit ausgesprochen, mit dieser Flinte einen Schuss in feindlicher Absicht auf Suhr zu richten. Der Gedanke, Suhr zu

erschiessen, lag also schon damals wenigstens als eine Möglichkeit in Kühn's Seele, war ihr nicht völlig fremd. Bei jeder neuen, ihm von Seiten Suhr's drohenden Gefahr, und, da, wie bemerkt, Furcht und Rache nahe verwandt sind, bei jeder neuen von ihm erlittnen Kränkung und Beleidigung, so wie bei jedem Gespräch mit Dritten über die ärgerlichen Vorgänge zwischen ihnen, musste daher auch jener Gedanke an die Möglichkeit des, auf Suhr zu richtenden Schusses in der Seele Kühn's von Neuem mehr oder minder lebhaft und deutlich angeregt werden. Ein Ergreifen der Flinte nach einer erlittnen neuen und argen Beleigung von Seiten Suhr's, ohne dabei desselben feindlich zu gedenken, war hiernach, so lange Kühn mit Bewustseyn handelte, unmöglich.

d. Durch den von Suhr unter so beleidigenden Umständen übersandten Drohbrief musste Kühn darauf gefasst seyn, dass Suhr und seine Freunde sich früher oder später thätlich an ihn vergreifen würden; wie diess denn auch nicht nur die eben bemerkte Bezugnahme Kühn's auf seine Flinte, sondern auch sein Erschrecken am fraglichen NovemberAbende beim Anblicke Suhr's und seiner Genossen, und die in den fernern Verhandlungen mit Suhr bewiesene Furcht darthun. Diess musste noch mehr der Fall seyn, als Suhr auch an diesem Abende ihn sofort höhnend und beleidigend behandelte, und selbst nach den genossenen Getränken und dem anscheinend wiederhergestellten Frieden die frühern Vorhaltungen von Neuem anfing, wie der Streit hierauf eine ernstere Wendung nahm, und wie unmittelbar, nachdem davon die Rede gewesen, dass Suhr den Kühn nach seinem Hause beglei-

ten sollte, um dort die Sache mit ihm abzumachen, die *Aufforderung zum Fechten* erfolgte. Wie schon oben bemerkt, konnte demnach der Faustschlag Kühn nicht ganz unerwartet kommen. Mit Recht bemerken aber Mehrere der von uns oben angeführten Psychologen, namentlich *Hoffbauer,* dass der Zorn meistens nur da entstehe, wo empfindliche Beleidigungen eintreten, *deren man nicht gewärtig seyn konnte.* Daher ist es, abgesehen von der ganzen Art der äussern Erscheinung des Zornes, schon an und für sich höchst unwahrscheinlich, dass der empfangene Schlag den Kühn in eigentlichen *Zorn* versetzte, wenn auch der körperliche Schmerz ihn mehr instinctartig veranlasste, auf Suhr einzuspringen. —

e. Die Furcht, in der Kühn sich namentlich während seines Besuches bei Breuhahn am Abende des 22. Novembers sichtlich befand, wirkt schon an und für sich *deprimirend* auf die Gemüthsstimmung ein, und ist eben deshalb ein entschiedenes Gegenmittel gegen *aufregende* Affecten; so dass ein Feiger und Furchtsamer nicht leicht durch den Gegenstand seiner Furcht in *Zorn* wird versetzt werden können. Dagegen bereitet aber die Furcht den leidenschaftlichen Rachegedanken den Weg, und wo diese einziehen, ziehet zugleich eine Art diabolischer Besonnenheit und Überlegung ein, welche, um den Zweck der Rache nicht zu verfehlen, den zwecklosen Zorn bald völlig aufgibt und beherrscht.

f. Wo die *stärkere* Beleidigung keinen heftigen Ausbruch des Jähzornes herbeigeführt hat, da vermag es die geringere Beleidigung noch weniger, zumal hier die Überraschung vollends wegfällt, und die Affecte durch die Wiederholung stets geschwächt werden, während die *Lei-*

denschaft wächst. Offenbar war aber der Faustschlag ins Gesicht, wovon dem Kühn die Nase blutete, eine weit grössere und in jeder Hinsicht schmerzlichere Beleidigung, als das, in Folge des Einspringens von Seiten Kühn's herbeigeführte Niederwerfen desselben, selbst wenn es mit Drohungen fernerer Gewaltthätigkeiten verknüpft war, vollends als die nachfolgenden wörtlichen Beleidigungen. Wenn daher die Hauptbeleidigung, der Faustschlag ins Gesicht, den Kühn nicht in Zorn und Affect versetzte, so vermochten diess noch weniger die nachfolgenden Beleidigungen von Seiten Suhr's, selbst mit Inbegriff der von Kühn *vielleicht* erhorchten höhnenden Äusserung Suhr's über das Schiessen des Kühn.

g. Dass nun aber der empfangene Faustschlag ins Gesicht den Kühn nicht in einen hier irgend in Betracht kommenden Affect des Zornes versetzte, oder derselbe doch nur augenblicklich war, beweist nicht bloss der Rückblick auf die frühern Vorgänge, nicht bloss die psychologische Erfahrung, dass Furcht, wie sie sich sichtlich in dem Betragen Kühn's bis dahin offenbart hatte, eher zur leidenschaftlichen Rache, als zum affectvollen Zorne hinleitet; sondern vor allem die Art und Weise, wie Kühn sich, namentlich nachdem er sich wieder von der Erde erhoben hatte, benahm. Hätte ein heftiger Zorn ihn noch erfüllt, so würde er nicht nur von Neuem auf Suhr eingesprungen, sondern mit dem ersten besten Gegenstande als Waffe auf ihn eingedrungen seyn und durch Wort und That bewiesen haben, dass nur der Schmerz des Augenblicks, nur das Gefühl der Gegenwart ihn beherrsche und zu jäher That gewaltsam fortreisse. Statt

dessen sehen wir ihn aber sich ruhig erheben, den Suhr keines Wortes, keines Blickes mehr würdigend, alle Verhältnisse klar und besonnen überschauend, das mitgebrachte Buch nicht vergessend, die Zeche an Breuhahn entrichtend, die Schuld für das eingedrückte Fenster als die seinige anerkennend und in Anspruch nehmend, und nur mit einem bösen drohenden Blick die Gaststube verlassend. Keine der oben referirten Schilderungen des Zornes von Seiten älterer und neuerer Psychologen entspricht im Mindesten diesem Betragen Kühn's. Alles weist uns darauf hin, dass Kühn sich über die Schmag der *Gegenwart* erhoben, seinen Blick in die *Zukunft* gerichtet hatte, und in Folge dessen die seither vermisste Haltung und Selbstständigkeit plötzlich wieder erhalten hatte. Von welcher finstern Art aber dieser Blick in die Zukunft war, in welches Gebiet seine Gedanken gerathen waren, das beweist, abgesehen von allem Vorausgegangenen und Nachfolgenden, schon der böse und drohende Ausdruck seiner Mienen, und die daraus von Seiten Breuhahn's und der Gesellschaft geschöpfte Besorgniss.

h. Wenn der Affect des Zornes den Kühn unmittelbar nach den empfangenen Beleidigungen nicht zu verbrecherischen Handlungen fortgerissen hat, so kann die blosse *Rückerinnerung* daran, selbst der Gedanke an die letzte, mit höhnischem Tone gesprochene Äusserung Suhr's: *So werde mit Leuten seines Gleichen umgegangen!* nicht einen *Impetus* motiviren, nicht die Entschuldigung einer *aus Jähheit und Zorn* unternommenen Handlung rechtfertigen.

i. Wo überall kein heftiger Affect des Zornes gleich nach den erlittnen Beleidigungen her-

vorgetreten ist, da hat die zwischen diesen und der verbrecherischen That liegende *Zwischenzeit* überall kein rechtliches Interesse, weil es, wie mehrfach bemerkt, nur auf das Daseyn oder den Mangel eines heftigen Affectes ankommt, und es daher gleichgültig ist, ob im vorausgesetzten Falle der Entschluss zur Tödtung gleich oder später, nach einer kürzern oder längern Zwischenzeit gefasst ist. Wäre daher Kühn auch *gleich* nach seiner Entfernung aus der Breuhahnschen Gaststube mit seiner, inzwischen aus seiner Wohnung geholten Flinte todbringend zurückgekehrt, so hätte abgesehen von allen andern Gründen, schon wegen des voraufgehenden ruhigen und gefassten Betragens Kühn's, von keinem im Affecte verübten Todschlage die Rede seyn können.

k. Hätte nun aber auch wirklich Kühn die Breuhahnsche Gaststube im heftigen Affecte des Zornes über die erlittne arge Beleidigung verlassen, so würde doch *die zweistündige Zwischenzeit* zwischen der erlittnen Beleidigung und der Tödtung den Affect nothwendig in dem Maasse haben schwächen müssen, dass von einem, im Affecte des Zornes verübten Todschlage auch unter dieser Voraussetzung gar nicht mehr die Rede seyn könnte. „*Was der Zorn nicht gleich thut, das thut er gar nicht!*“ bemerkt mit Recht *Kant* in seinen oben angezogenen Aussprüchen, und in gleichem Sinne verlangen auch die neuern Criminalisten fast einstimmig, dass der Richter bei der Frage, ob ein Mord oder ein Todschlag vorliege, vor Allem die Länge der Zwischenzeit in Erwägung ziehen soll. Offenbar ist nun aber eine Zwischenzeit von 2 *Stunden* mehr als hinreichend, um dem über die

unerwartetste und empörendste Beleidigung entstandenen Affecte seine Heftigkeit zu nehmen, wie viel mehr, wenn es sich von einer Beleidigung handelt, die *nicht unerwartet*, und unter den obwaltenden Umständen und Verhältnissen freilich gross genug, jedoch nicht alle Grenzen überschreitend war, zumal, wie aus den Aussagen der Anwesenden und aus der bezeugten Frage Suhr's an Kühn: *Ob es Ernst seyn solle?* hervorgeht, die Beleidigung fast das Ansehen *eines rohen Scherzes* gewinnen konnte. Dass überhaupt auch im Begriff des Impetus als solchen die *sofortige* Ausführung der im heftigen Affecte beschlossenen Handlung liegt, ist oben von uns ausgeführt worden.

l. Wenn eine zweistündige Zwischenzeit schon an und für sich den Begriff der *„Impetu, aus Jähheit und Zorn“* verübten Tödtung ausschliesst, so muss diess noch weit mehr der Fall seyn, wenn diese Zwischenzeit mit Handlungen ausgefüllt ist, welche ihrer Natur nach die Aufwallung des Zornes unterdrücken, der ruhigen Überlegung und Besonnenheit die Herrschaft wieder verschaffen müssen. Inquisit ist nach seiner eignen Aussage nach der Rückkehr aus dem Breuhahnschen Gasthause in seinen Hof gegangen, hat nach seinen Ställen gesehen, die Commodité besucht, dem Tischler Beu den Schnupf-Tabak aus seinem Laden gereicht, und hat gegen $1\frac{3}{4}$ Stunden draussen in der kalten Luft der NovemberNacht, das Breuhahnsche Haus umschleichend, *horchend* und wartend zugebracht, alles Momente, welche den Affect des Zornes als solchen nothwendig schwächen und ein bloss gereiztes Gemüth beruhigen mussten, wenn auch in dieser Zwischenzeit und unter dem Einflusse

aller angegebenen Umstände die Leidenschaft der Rache als solche füglich wachsen und der Entschluss der Ermordung Kühn's völlig reifen konnte.

m. Es frägt sich aber, ob die Annahme eines blossen Todschlages nicht dadurch motivirt werden könne, dass Kühn aktenkundig an dem gedachten Abende zu verschiedenen Malen geistige Getränke genossen hat? — Das gemeine Römische Recht erkennt, wie wir gezeigt haben, (Cf. Abh. XI.) den Impetus ebrietatis als Milderungsgrund an. Wenn gleich die P. G. O. desselben nicht ausdrücklich gedenkt, so dürfen wir doch mit Recht annehmen, dass es das gemeine Recht in dieser Beziehung nicht habe abändern wollen, dass es daher auch diesen Impetus als solchen unter den Fällen des aus *Jähheit* und Zorn verübten Todschlages mitbegriffen hat. Zunächst frägt sich, ob aus diesem Genusse überall ein Zustand der Betrunkenheit hervorgegangen ist? Der Kaufmann Ahrens, zu dem Kühn am gedachten Abende um $\frac{3}{4}$tel auf 10 Uhr kam, deponirt: „Kühn war an dem gedachten Abende recht aufgeräumt, so dass es mir schien, als ob er wohl etwas getrunken hätte; *betrunken war er indessen nicht.*" — Ob und wie viel Kühn vor seinem Eintritt bei Breuhahn getrunken hat, ist nicht ausgemittelt worden. Die dort Anwesenden haben keine Betrunkenheit weder bei seinem Eintritt, noch später an ihm bemerkt. Zwar berichtet Kriegesheim, dass Kühn bei Breuhahn von den bestellten 6 Gläsern Kümmel 2 getrunken habe; so wie es auch gewiss ist, dass Kühn ebenfalls von den von ihm bestellten 6 Gläsern Grog, (zu 6 ß. das Glas, und jedes, wie es später, *bis an den Rand gefüllt,* gemessen ward, $\frac{7}{16}$ Pott enthaltend,) und zwar aus

dem auf seine Person kommenden Glase getrunken hat. Allein der Gastwirth Breuhahn deponirt: Er habe nicht wahrgenommen, dass Kühn mehr getrunken hätte, als sie alle; etwas sey auch noch in den Gläsern geblieben. Erwägen wir aber, dass Kühn Jahrelang selbst an ApothekerSchnäpsen und andern starken geistigen Getränken gewöhnt war, so kann die fragliche Quantität von Getränken ihn nicht wohl in einen trunkenen Zustand versetzt haben, abgesehen auch davon, dass keiner der Anwesenden einen solchen, selbst nach dem Genusse des Groghs, an Kühn bemerkt hat, sein Benehmen bei seinem Weggehen auch vom Gegentheil zeugt. Unmittelbar vor seinem Weggange aus seinem Hause nach 11 Uhr will Kühn freilich nochmals ein Glas Rum getrunken haben. Allein abgesehen von der Frage, ob er diess Glas Rum nicht getrunken habe, um sich Muth zur Ausführung seines Racheplanes zu trinken, so kann dasselbe, selbst wenn man mit dem Defensor den Einfluss der kalten Nachtluft auf die vermehrte Wirkung der genossenen Getränke noch so sehr in Anschlag bringt, doch höchstens einen *Rausch,* oder den *niedrigsten* Grad der Trunkenheit zur Folge gehabt haben, der aber, wie wir oben ausgeführt, und wie auch fast einstimmig von ältern und neuern Criminalisten angenommen ist, nie einen *Impetus ebrietatis* zur Folge haben, und niemals als rechtlicher Milderungsgrund wesentlich in Betracht gezogen werden kann. Allein auch selbst dieser, keinesweges irgend erwiesene, oder genügend dargethane, sondern bloss als möglich zugestandene erste Grad der Trunkenheit musste sich während der oben nachgewiesenen *sieben Viertelstunden,* vom Weggange Kühn's aus sei-

nem Hause bis zum erfolgten Schusse nothwendig allmählig wieder verlieren, und kann daher um so weniger einen Affect hervorgerufen haben, in Folge dessen um 1 Uhr Suhr von Kühn erschossen worden. Überhaupt ist ja aber nicht zu übersehen, dass selbst wenn eine Trunkenheit des zweiten Grades erwiesen wäre, damit nicht auch schon von selbst der *Impetu* ebrietatis erfolgte Schuss dargethan ist. Denn die Trunkenheit weckt und fördert die *Affecten* nicht nur, sondern auch die *Leidenschaften.* So wie der Zornmüthige, im trunkenen Zustande gereizt, leichter in Zorn geräth und in so fern die Trunkenheit das schmerzliche Gefühl für die erlittene Beleidigung steigert, so wird durch den starken Genuss geistiger Getränke einer anerkannten Erfahrung zufolge auch in dem leidenschaftlichen rachedurstenden Gemüthe das böse Element gesteigert, und die Bosheit kühner und gewaltthätiger. Unmöglich kann aber das Recht diese durch den Genuss hitziger Getränke entfesselte böse Begierde und Leidenschaft irgendwie in Schutz nehmen und entschuldigen, weshalb das gemeine Recht auch nur den *Impetus* ebrietatis, die durch Trunkenheit herbeigeführte Jähheit und Zornmüthigkeit, als Milderungsgrund anerkennt, und in diesem Sinne auch nur der in der Trunkenheit begangenen absichtlichen Tödtung den Charakter des Todschlages beilegt. Da nun aber mit Nichts erwiesen ist, dass Kühn die fragliche That im *jähen trunkenen Muthe* verübt habe, vielmehr, nachdem die vorgefallenen Beleidigungen einen jähen Ausbruch des Zornes nicht herbeigeführt hatten, später sich nichts ereignete, was den durch das letzte Glas Rum vielleicht noch mehr aufgeregten Inquisiten von Neuem

hätte in Zorn versetzen können, so kann nur angenommen werden, dass der Genuss der geistigen Getränke, mag daraus eine mehr oder minder bedeutende, so wie eine kürzer oder länger dauernde Trunkenheit hervorgegangen seyn, die ohnehin schon vorhandene leidenschaftliche Stimmung und Richtung des Gemüths vermehrt, und daher zur entschiedenern Verfolgung des Racheplanes beigetragen hat, was aber, wie bemerkt, den Charakter des Mordes nicht aufhebt und überall einen Anspruch auf Milde nicht begründen kann. Noch ist zu bemerken, dass der KlosterSchmid Oesterreich bei dem Inquisit bei seiner Entfernung aus Ribnitz Nachts $3\frac{1}{4}$ Uhr vorsprach, nichts von einer bemerkten Trunkenheit desselben aussagt.

n. Endlich beweist denn auch das ganze actenkundige Verfahren Kühn's nach dem Schusse, wie oben gezeigt worden ist, dass derselbe nicht im heftigen Affecte, sondern aus leidenschaftlicher Rache den Suhr ermordet hat, so dass es in jeglicher Beziehung zur völligen rechtlichen Gewissheit gebracht worden ist, dass hier kein blosser Todschlag, sondern ein *Mord* zur Bestrafung stehe. —

C. In so fern nun die, wider den Inquisiten Kühn zu erkennende *Strafe* in Erwägung kommt, so soll bekanntlich

1. nach der P. G. O. Art. 137 der Mord mit dem *Tode* und zwar mit *dem Rade* bestraft werden, indem nur wider den Todschlag die mildere Todesstrafe mit dem *Schwerdte* angeordnet ist. Jedoch ist schon seit *Carpzov* (quaest. 7, n. 9 et 27), des Widerspruches von *Leyser*, *Kress*, *Böhmer* u. a. ungeachtet (Cf. *Wächter* a. a. O. B. 2, S. 133) die Praxis in

der Hinsicht durchgehends milder geworden, dass, wenn nicht besonders erschwerende Umstände hinzutraten, der Mord regelmässig nur mit dem *Schwerdte* bestraft wird;

Cf. *Tittmann, Handbuch des Strafrechts* §. 158. „Auf gleiche Weise findet gewöhnlich auch bei Mordthaten ohne beschwerende Umstände nur Todesstrafe durch das Schwerdt statt;" (S. dagegen *Heffter* a. a. O. §. 239, 240, welcher die fortdauernde Praxis der Strafe des *Rades* behauptet.?)

welche Praxis der Schwerdtstrafe im Ganzen auch als die des hiesigen Landes anzuerkennen ist. Da nun solche besonders gravirende Umstände hier nicht vorliegen, so haben wir geglaubt, von der gesetzlichen Strafe des *Rades* abgehen, und auf die Strafe des *Schwerdtes* erkennen zu müssen.

2. Dagegen haben wir von der gesetzlichen Todesstrafe als solcher nicht abgehen dürfen. Denn in dieser Hinsicht ist zunächst zu bemerken, *dass besondere Milderungsgründe beim Morde nicht statt finden.*

Vgl. *Tittmann*, a. a. O. §. 158.
Jarcke, a. a. O. B. 3, S. 229.
Feuerbach, a. a. O. §. 229.

Freilich führt *Tittmann* a. a. O. an „dass heftige Anreizung und Beleidigung *durch eine unersetzliche, das wahrhafte Lebensglück zerstörende Verletzung* persönlicher Güter auch bei dem Morde zur Entschuldigung dienen könne, und beruft sich dafür auf die bekannten Stellen des Römischen Rechts über die Tödtung des Ehebrechers durch den Ehemann. Allein wie gezeigt worden ist, gründet sich hierauf eben die abweichende rechtliche Beurtheilung des *Todschlages* als solchen: weshalb daraus für den,

diesem entgegenstehenden *Mord* keine Entschuldigung angenommen werden kann. Auch liegt es im gegenwärtigen Falle klar vor, dass, wie gross immerhin die erlittne Beleidigung war, dieselbe doch nicht entfernt unter den von *Tittmann* aufgestellten Begriff ‹einer, das wahre Lebensglück zerstörenden Verletzung persönlicher Güter fällt.

3. Wollte man nun aber auch ferner behaupten, dass die hier erwiesene obwaltende *Leidenschaftlichkeit* des Kühn, wenn auch nicht als besonderer, so doch als *gemeiner Milderungsgrund* in Erwägung gezogen werden müsse, so ist dagegen mit Recht zu erinnern, was *Feuerbach,* a. a. O. §. 100, bemerkt, „dass Niemand (leicht) zum Verbrecher wird, ausser in Folge des zur Leidenschaft gesteigerten Antriebes zur That; daher, obiges als richtig vorausgesetzt, die gesetzliche Strafe niemals würde zur Anwendung kommen dürfen.“ — Der Richter kann und darf wohl als Mensch denjenigen bemitleiden, der, unbillig gereizt und brutal behandelt, *von der Leidenschaft der Rache* ergriffen, an seinem Gegner zum *Mörder* wird; allein er darf darüber nicht vergessen, dass ihm die ernste Pflicht auferlegt worden ist, Bewahrer des uralten, an das gesammte Menschengeschlecht gerichteten göttlichen Gebotes zu seyn (Genesis, C. 9, v. 6):

> „*Wer Menschen Blut vergiesset, dess Blut*
> „*soll auch durch Menschen vergossen wer-*
> „*den; denn Gott hat den Menschen zu*
> „*seinem Bilde gemacht;*“

Worte, welche bis auf den heutigen Tag auch die Grundlage unserer positiven Strafgesetzgebung bilden. Wohin würden wir auch gelangen, wenn

dieses Gebot Gottes, wie Staat und Kirche es anerkennen, in allen den Fällen suspendirt würde, wo jemand sich mit Recht oder Unrecht von einem Andern schwer beleidigt hält, und aus Rache an seinem Feinde zum Mörder wird? Eher möchte die gerechte Rache als Milderungsgrund gelten, wenn der Beleidigte sich an *Ehre oder Gut* des Beleidigers vergreift; allein dessen *Leben* selbst muss ihm stets heilig bleiben, wenn nicht die ganze Schwere des göttlichen und menschlichen Gebotes ihn treffen soll.

D. Rechtfertigt es sich nach dem seither Erörterten vollständig, das Inquisit Kühn verurtheilt worden ist, *mit dem Schwerdte vom Leben zum Tode hingerichtet zu werden*, so ergibt es sich auch von selbst und bedarf keiner weitern Ausführung, dass die Kosten dieses Verfahrens aus dem dereinstigen Nachlasse des Inquisiten, so weit derselbe dazu hinreicht, zu entnehmen sind.

Aus solchen Gründen ist von uns überall, wie geschehen, erkannt worden.“ —

We

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Elvers, Christian F.

Praktische Arbeiten zur Förderung wissenschaftlicher Ausbildung des gemeinen Rechts

Rostock 1836

Decis. 40 d
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10396775-7